



Rodrigo Azambuja Martins

“Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil”

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Profª Doutora Maria João Antunes.

Coimbra, 2015.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**“Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no
Brasil”**

Rodrigo Azambuja Martins

Agradecimentos

Ciente de que o trabalho produzido não é uma obra exclusivamente individual, mas também e sobretudo coletiva, apresento meus sinceros e profundos agradecimentos a quem, de alguma maneira, contribuiu para sua elaboração. O caminho até aqui foi árduo: muitas horas de pesquisa; muitas noites em claro; muitas amizades e amores relegados para um segundo plano. Mas no final, tudo valeu a pena.

Sem a intenção de exaustividade, e ciente de que poderei cometer um ato falho ao deixar nominar alguém, externo meus maiores agradecimentos à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, órgão que há cinco anos tenho a honra de pertencer, e fez despertar em mim o amor pela causa dos mais pobres. Sem o apoio de todos os colegas, este projeto de vida e academia não teria sido possível. Obrigado a cada um de vocês que, em razão de minha ausência, esforçaram-se ainda mais para seguir prestando a orientação jurídica integral e gratuita a que faz jus a tão carente população do Estado do Rio de Janeiro.

Aos meus mestres, Doutores Helena Moniz, Pedro Caeiro, Rui Moura Ramos e Susana Aires de Sousa fica registrado meu carinho e admiração.

À minha mestre e amiga Cláudia Santos meu muitíssimo obrigado. Muito do que sei, e alguma coisa do que sou devo a nossas aulas e encontros nos muitos cafés de quintas-feiras.

Também ficam registrados meus profundos agradecimentos à minha orientadora, Professora Doutora Maria João Antunes, seja pela disponibilidade em auxiliar-me na elaboração da tese, seja pelos conhecimentos jurídicos que me foram transmitidos.

Aos meus queridos amig@s conimbricenses André Guimarães, Conrado Cabral, Cynthia Kawakami, Delano Benevides, João Tonnera, Júlia Miranda, Karla Padilha, Raquel Benchimol, e Rodrigo Guimarães, obrigado por fazer minha estadia em Portugal mais fácil. Sentir-me querido por vocês certamente abrandou a saudade de casa.

Aos meus pais, Paulo e Isabela, por sempre me incentivarem a estudar, por acreditarem que o caminho do sucesso depende do esforço individual e intelectual, e também por terem vocês próprios trilhado esse caminho. A minha irmã Paula, meu amor, obrigado por sempre se fazer presente em minha vida. Também dedico meus agradecimentos à Denise, por sempre ser e ter sido uma entusiasta minha, nunca esquecendo-me em suas orações.

Por fim, e não menos importante, aos meus avós José e Therezinha, meus xodós, aos meus muitos ti@s e prim@s, obrigado por formarem essa família tão linda.

Resumo

Se num sistema ideal de justiça a qualidade do trabalho desempenhado por advogados seria desimportante para o resultado da causa, a experiência demonstra exatamente o oposto: a presença de bons advogados traz reflexos para o julgamento, de sorte que estudar a qualidade da defesa assume especial relevo. Pretendemos, com o presente estudo, compreender o direito de defesa e, em especial, aquela desempenhada por profissionais gratuitamente nomeados em defesa de réus pobres. Entretanto, se normas de processo penal ostentam elevado cariz nacional, os modelos de assistência judiciária o fazem em caráter muito superior, cada qual baseado num modelo paroquial local. Pareceu-nos, importante, desse modo, comparar os esquemas português e brasileiro, como forma de verificar vícios e virtudes de cada qual e, de alguma forma, responder à indagação: como garantir ao pobre uma defesa de qualidade.

Palavras-chave: defesa criminal; assistência jurídica gratuita; Portugal; Brasil.

Abstract

In an ideal judiciary system, the quality of the criminal defense should not be important to the outcome of the process. Nevertheless, experience shows exactly the opposite: the presence of good lawyers has reflex in the judgement. In this way, studying the quality of the criminal defense assumes great importance. In this thesis, we intend to analyze the rights of the defense, and, in special, the right of indigent people to counsel. If criminal procedure norms have a highly national basis, so does the legal aid schemes, but in a much more intense way, each one based on a parochial model. It sounded important, therefore, to compare the Portuguese and Brazilian models, checking its vices and virtues, and, somehow, answer the question: how to assure the indigent a defense of quality.

Key words: criminal defense; legal aid; Portugal; Brazil.

Abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag – Agravo;
AgRg – Agravo Regimental;
Art. – Artigo;
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos;
CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, Brasil;
CDAUE - Código de Deontologia dos Advogados Europeus, Deliberação 2511/2007, do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, Portugal;
CEDH – Convenção Europeia de Direitos do Homem;
CEDOAb – Código de Ética e Disciplina da OAB, de 1995, Brasil;
CEP – Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, Lei 115/2009, Portugal;
CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos;
CNJ – Conselho Nacional de Justiça, Brasil;
Cons. – Juiz Conselheiro;
CP – Código Penal, Decreto-Lei 48/95, Portugal;
CPb – Código Penal, Decreto-Lei 2.848, Brasil;
CPC – Código de Processo Civil, Portugal;
CPCb – Código de Processo Civil, Lei 5.868/73, Brasil;
CPP – Código de Processo Penal, Decreto-Lei 78/87, Portugal;
CPPb – Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3686/41, Brasil;
CPT - Comitê Europeu para Prevenção à Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes;
CRP – Constituição da República Portuguesa;
Des. – Desembargador, ou Juiz-Desembargador;
DL – Decreto-Lei;
EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei 15/2005, Portugal;
EOAb – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, Brasil;

LC – Lei Complementar;
LEP – Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84, Brasil
Min. – Ministro;
MP – Ministério Público;
N. – número;
OA – Ordem dos Advogados;
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
Res. – Resolução;
RGEP – Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, Decreto-Lei 51/2011,
Portugal;
ROA - Revista da Ordem dos Advogados;
STF – Supremo Tribunal Federal, Brasil;
STJ – Supremo Tribunal de Justiça, Portugal;
STJb – Superior Tribunal de Justiça, Brasil;
TC – Tribunal Constitucional, Portugal;
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasil;

1. Introdução.

Praticada uma infração penal, o Estado, através de seus órgãos de persecução criminal, tentará arregimentar provas de sua ocorrência e desvendar sua autoria. Recaindo a suspeita sobre determinada pessoa, essa poderá reagir a pretensão punitiva, exercitando os direitos de defesa, com vistas a provar sua inocência ou a deficiência da acusação, e, com isso, ver inalterado seu estado de liberdade.

A legislação de cada país irá regular a forma pela qual será facultado ao indivíduo resistir à persecução criminal contra si iniciada, especificando os meios e recursos inerentes à ampla defesa, bem como o *iter* procedimental a ser observado até seu desfecho, afinal há muito convencionou-se que *nulla poena sine judicio*.

Por se relacionar tanto com a defesa social quanto à não desproteção de direitos fundamentais, a legislação processual penal é tingida de fortes traços nacionais, já que em última análise reflete a maneira pela qual se dará a proteção dos bens jurídicos - interesse decorrente dos valores plasmados na Constituição, tendentes ao desenvolvimento da personalidade humana, que devem ser protegidos através da ameaça da pena criminal, quando os demais instrumentos de controle revelarem-se insuficientes a sua tutela - assim como dos direitos individuais dos sujeitos envolvidos, numa tentativa de conciliação de interesses aparentemente antagônicos (apenação *versus* liberdade).

Não obstante, tratando-se a pena criminal da intervenção estatal mais drástica na vida de um indivíduo (afinal sua liberdade pode ser cerceada, ou até mesmo sua vida ceifada – se volvermo-nos aos ordenamentos que admitem a imposição da pena capital), com o passar dos anos foram criados e adotados standards mínimos a serem observados toda vez um indivíduo fosse acusado da prática de um crime, independente do local em que ocorresse.

Assim, convencionou-se que a responsabilidade criminal apenas poderia ser determinada por um tribunal imparcial e independente, num processo público e equitativo, em que todas as garantias de defesa fossem asseguradas (arts. 10 e 11, 1 da DUDH). Posteriormente, outras normas internacionais cuidaram de especificar quais seriam as garantias mínimas de defesa, além daquelas já previstas na DUDH. Nessa ordem de idéias, o suspeito da prática de um delito deve ser julgado sem dilações indevidas, bem como informado, na língua em que compreenda, sobre a natureza e os motivos da acusação, dispondo de meios e tempo necessário para preparação de sua defesa. Ademais, deve poder

interrogar as testemunhas de acusação e obter o comparecimento de testemunhas de defesa nas mesmas condições previstas para aquelas. Caso não compreenda a língua empregada no julgamento, deve ser assistido por intérprete, e, ainda, não pode ser obrigado a confessar-se culpado (art. 14, § 3º, n. 1,2,3,5,6,7 do PDCP).

Para que essas garantias e outras previstas na legislação nacional não se convertam em promessas vãs, assegura-se aos suspeitos da prática de crime o direito de ser defendido por profissional de sua escolha, ou de tê-lo indicado gratuitamente caso não possua meios de o fazer (art. 14, § 3º, n. 4). Com efeito, muito embora tenha o direito a pretensão de se fazer conhecer por todos, e formar um corpo harmônico de normas, a realidade ensina que nem sempre essas funções são cumpridas. A crescente inflação legislativa, somada à tecnicidade de determinadas disposições de normas penais e processuais penais, torna difícil sua compreensão por indivíduos não técnicos, de sorte que, sem a assistência do defensor, na maioria das vezes a defesa será irreal e ilusória.

O direito à assistência jurídica corresponde assim a um direito instrumental, necessário para tornar práticos e efetivos outros direitos assegurados aos investigados em geral, de sorte que assume especial relevo: é um direito charneira, o direito a ter direitos. De outra banda, por envolver custos – afinal importa na contratação de um profissional para exercício de atividade laborativa técnica – grande parcela da população poderia ver-se dele privado por insuficiência de recursos.

O problema se agigantaria na seara penal, de caráter nitidamente seletivo, uma vez que atinge em regra parcela desinformada e pobre da população, mais débeis e suscetíveis de sofrerem contatos com as agências oficiais de controle. O princípio da igualdade reclamou, assim, a correção dessa distorção potenciada na seara penal, de sorte que, mesmo num cenário de escassez de recursos, o Estado deverá fazer frente a essas despesas, garantindo ao cidadão pobre o direito à assistência jurídica.

Se as legislações processuais penais já tinham um elevado cariz nacional, os serviços de assistência jurídica gratuita o possuem em grau mais acentuado. As diferentes experiências geram diferentes preconceitos e, de certa forma, uma base de sustentação muito “paroquial” para o modelo local¹. Sendo tamanhas as diferenças entre os diversos sistemas mundialmente consagrados, pretende-se analisar de que modo as legislações portuguesa e

¹ SMITH R, 2011: 11.

brasileira cuidaram do tema, comparando suas vicissitudes e vantagens, de modo a responder a seguinte indagação: como garantir ao pobre uma defesa criminal eficiente e de qualidade?

A resposta a essa indagação é das mais relevantes, uma vez que o Estado não cumpre sua obrigação de garantir o direito à assistência jurídica gratuita apenas com o apontamento gracioso de um profissional para realização da defesa criminal. Ao revés, espera-se que o mesmo assegure ser a garantia prática e efetiva, de sorte que deve monitorar a qualidade do trabalho realizado pelo profissional. Assim decidiu o TEDH, por exemplo, ao julgar o caso *Czekalla v. Portugal*².

De fato, ainda que haja presunção de que o sujeito devidamente habilitado preste a assistência de maneira adequada, não são raros os casos em que a qualidade do trabalho é muito aquém da esperada. Nessa ordem de idéias, os Estados devem zelar para que o nível da assistência jurídica mantenha-se dentro de padrões mínimos de eficiência, reconhecendo a violação da garantia nas hipóteses em que o profissional pratica erro grosseiro e não é substituído ou convidado a retificá-lo³.

Por outro lado, se num sistema criminal ideal as características do advogado deveriam ser indiferentes para o resultado do processo, dependente apenas dos fatos e necessidades preventivas da pena – especiais ou gerais – estudos demonstram exatamente o oposto: os resultados dos processos criminais sofrem influência direta da atuação da defesa técnica⁴.

Não é à toa que a capacidade de contratar advogados influentes e conceituados aos olhos do tribunal é tida como uma das causas de explicação do fenômeno da impunidade dos crimes de colarinho branco⁵. Com efeito, a excelente qualidade do trabalho realizado pelos bem pagos advogados de poderosos muitas vezes obsta a pretensão punitiva. Assim, se pretendemos assegurar a todos igual proteção frente ao poder punitivo, não nos devemos descurar da análise da qualidade dos esquemas de assistência jurídica.

Tendo em mente essas preocupações, julgamos conveniente, de início, apresentar os fundamentos do direito à defesa criminal, em especial aquela desempenhada por profissionais, uma vez que daí deduzir-se-ão os atributos do defensor ideal, modelo que pretendemos traçar e comparar face aos dois ordenamentos jurídicos.

² GASPAR, 2003: 261/263.

³ BENTLEY; THOMAS, 2009: 272.

⁴ ANDERSON; HEATON, 2011: 1/4.

⁵ SANTOS, 2001: 261.

Ademais, ciente de que a análise de um dado sistema legislativo não deve se esgotar no estudo das normas postas, mas também ocorrer a partir dos efeitos práticos obtidos com a aplicação do direito legislado, o trabalho não se limitará a avaliar a legislação de ambos os países⁶. Ao revés, se utilizará de relatórios, investigações e inquéritos produzidos para determinar se, de fato, são produzidos os efeitos esperados.

Outrossim, a investigação não descuidará da visão dos utentes do serviço, ou seja, dos réus em processo criminal (*consumer view*). Com efeito, numa sociedade democrática a avaliação da efetividade de programas governamentais não pode deixar de lado as experiências vivenciadas por aqueles cujas vidas são tocadas pelos ditos programas⁷. Em verdade, apenas adotando a perspectiva do consumidor somos capazes de perceber o significado prático das instituições públicas e leis, em termos dos impactos causados sobre direitos, interesses, e aspirações de determinado grupo⁸.

Entretanto, optamos por nos abster de pessoalmente proceder a inquéritos e entrevistas em relação a presos, preferindo a utilização de experiências prévias já realizadas. A uma, pois a amostragem suscetível de indagação seria reduzida ao estabelecimento prisional de Coimbra, não refletindo a totalidade dos presos portugueses, nem mesmo dos reclusos do sistema brasileiro. E, tratando-se de uma experiência que pretende comparar os modelos lusitano e brasileiro, seria essencial que parte da amostra representasse a visão dos utentes deste país.

A duas, pois a interpretação de inquéritos dirigidos a presos demanda conhecimentos específicos de sociologia, antropologia e psicologia, em razão da situação que se encontra o entrevistado. Com efeito, se por um lado, ao avaliar as qualidades do esquema público de defesa criminal, não se pode prescindir da opinião de seus “clientes”, por outro presidiários têm inclinação para culpar terceiras pessoas por sua atual situação, sendo difícil a obtenção de adequada informação sobre a natureza da sua defesa, quando esses acreditam que não deveriam estar submetidos a experiência prisional, situação na qual a entrevista tem lugar. Por outro lado, o ambiente constantemente vigiado das prisões, muitas vezes retira a sinceridade das respostas, uma vez que podem ser proferidas como forma de agradar outros presos ou a direção do estabelecimento⁹.

⁶ LAUDAN, 2013: 31.

⁷ CASPER, 1978a: 237.

⁸ CASPER, 1971: 1.

⁹ SORENSEN, 1950: 181

Tendo em mente esses objetivos, o estudo será dividido em três grandes títulos, seguido de uma conclusão. Na primeira parte, pretende-se estudar e compreender os contornos do direito à defesa técnica criminal e o papel desempenhado pelos advogados/Defensores Públicos nesse mister. Inicialmente, julgamos essencial para sua compreensão analisarmos, ainda que brevemente, o modelo processual penal vigente, atentos às assertivas de *Gossel* no sentido de que a posição do defensor dependeu, desde sempre, das finalidades e estruturas do processo penal¹⁰. Adiante, tentar-se-á expor as múltiplas razões que fundamentam o direito ao defensor, avaliando as bases em que deve ser exercido em ordem a permitir uma defesa eficiente. Avançaremos buscando identificar o modelo ideal de defensor penal. Ao final, apresentaremos os fundamentos do direito à assistência jurídica gratuita.

A segunda parte do estudo será destinada à análise do esquema de assistência jurídica gratuita existente em Portugal, prestada por advogados, com subsídio do Ministério da Justiça e cooperação da OA. Inicia-se, e essa característica será uma tônica do trabalho, pela análise dos antecedentes históricos que levaram a adoção do modelo do *judicare*, uma vez que se crê que muitos dos problemas atuais correspondem a influxos do passado: o direito presente é resposta a questionamentos e polêmicas vivenciados no direito anterior. Por outro lado, a supressão da narrativa passada inviabilizaria o recurso ao método da interpretação histórica, essencial para responder às indagações atuais que o direito à defesa criminal gratuita provoca. De seguida, apresenta-se o modelo como legislativamente pensado, com ênfase nas atribuições do defensor oficioso. Avaliar-se-á como o arcabouço jurídico foi disposto, questionando-se se permite a seus operadores exercer uma defesa criminal de qualidade.

A terceira parte do estudo se destinará à análise do esquema brasileiro de assistência jurídica gratuita, prestado pelas Defensorias Públicas. Objetivando permitir que o leitor compare ambos os modelos, a mesma estrutura de exposição será utilizada: apresentar-se-á os antecedentes históricos do modelo atual. Avaliar-se-á criticamente a legislação que institui o esquema existente, indagando-se se a legislação, em tese, permite que o Defensor Público atue de forma eficaz em favor de argüidos.

Por fim, optamos por encerrar o estudo apresentando sínteses conclusivas de todas as idéias defendidas ao longo do texto, uma vez que em seu decorrer serão assumidas as

¹⁰ 1983: 246.

posições que se julgaram convenientes e corroboradas pela análise de bibliografia especializada que foi recolhida.

Duas últimas ressalvas devem ser realizadas. Tratando-se de trabalho apresentado à Universidade portuguesa, em que modelos são comparados, havendo citação de legislação estrangeira, optou-se por transcrever o texto das normas brasileiras e internacionais ao final, deixando-se de o fazer em relação às normas portuguesas/europeias, cujo conhecimento é facilmente acessível e presume-se em relação àqueles que venham futuramente consultar o trabalho.

Ademais, o autor é membro do esquema de assistência jurídica gratuita existente no Estado do Rio de Janeiro, de sorte que algumas conclusões e opiniões manifestadas podem ser inconscientemente influenciadas por essa circunstância. Entretanto, procurou ao longo do trabalho manter a mais completa e possível isenção, pautando suas pesquisas e recolha de dados por métodos de investigação científica. Os resultados aqui apresentados são fornecidos pelo investigador e não pelo Defensor Público.

2. **O direito à assistência jurídica gratuita.**

“Desde o início da audiência, José não entendia quase nada do que era dito, tanto pelos advogados quanto pelo juiz. Para o agricultor, aquelas expressões e palavras mais pareciam pertencer a um outro idioma, oriundo de um lugar distante e de uma cultura muito antiga, da qual ele nunca havia ouvido falar.

– *Data venia*, senhores, creio que depois de ouvir um argumento tão arietino em relação ao inopinado óbito do jovem trabalhador, não haverá outra solução, que não seja o deferimento do pedido de seus pais. O aresto não pode mais ser procrastinado! *Fiat justitia!* – disse o magistrado em tom profético.

Mais uma vez, as palavras do juiz intrigaram José. Sentia-se mal por não conseguir compreender o que estava sendo dito, ainda mais pelo fato de que o objeto da discussão era uma questão tão

importante para a sua vida. “Parece que eu sou incapaz de entender os meus próprios direitos!”, sussurrou para Dona Maria.

– Não fica com essa cara não! Logo, logo, o advogado vai dizer o resultado do julgamento para a gente! É claro que a gente não entende essas coisas que eles estão dizendo. Eles passaram anos estudando e lendo esses livros “mais grossos do que as listas telefônicas”! E você Zé?! Você pouco foi à escola, nunca leu um livro, não sabe de nada, assim como eu! E, para falar a verdade, acho tão bonita e chique a forma como eles falam! – disse ela”¹¹.

2.1 As especificidades do direito processual penal e a necessidade de delimitação do tema.

A cena retratada na passagem acima transcrita teria ocorrido, segundo seu autor, durante uma audiência em que um casal de idade avançada reclamava indenização decorrente de morte do filho em acidente de trabalho, num dos muitos tribunais existentes no nordeste do Brasil. Entretanto, sem espaço para qualquer margem de dúvida, pode-se afirmar que esse seria o relato da maioria das audiências ocorridas neste ou naquele país, ilustrando quão complexa é a ritualística processual aos olhos de um leigo, tenha a causa natureza cível ou criminal. José e Maria, apesar de não terem tido acesso à educação formal, são pessoas bastante perspicazes, e, de uma forma rudimentar, acabaram por responder a parte da indagação à qual propor-me-ei a fazê-lo neste segundo título: afinal, por que advogados?

O âmbito do questionamento, entretanto, será reduzido à justiça penal diante das especificidades de sua ritualística, o que reclama tratamento individualizado da matéria. Com efeito, muito embora exista uma teoria geral do processo, em que se reúnem notas comuns aos sistemas processuais civis e penais, o objeto deste: o conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*¹², lhe dá um contorno bastante único, de sorte que geralmente é estruturado em bases diversas daquelas estabelecidas para solução das controvérsias entre particulares. Não é à toa, por exemplo, que o CPP, ao cuidar da integração de lacunas normativas,

¹¹ VIEIRA, 2005.

¹² BETTIOL, 1974: 230/231.

determina que o recurso às regras processuais civis deve ocorrer apenas e na medida em que elas se harmonizem com o processo penal (art. 4º).

Aliás, a citada distinção pode ser vista nos instrumentos internacionais definidores de direitos humanos. Ao prescreverem os direitos e garantias processuais, os tratados – universais e regionais – iniciam por consagrar direitos aplicáveis à generalidade de processos, pouco importando seu objeto. Em seguida, prescrevem as garantias que também deverão ter lugar nas causas penais, em razão das especificidades que envolvem a apuração de uma infração penal¹³.

É bem verdade que muitas das garantias específicas do processo penal correspondem a standards que deverão ser observados em razão da cláusula geral de equidade e justiça do julgamento, de sorte que também deverão ter lugar nas causas cíveis. Assim decidiu, por exemplo, o TEDH ao julgar o caso Airey v. Irlanda, estendendo o direito à assistência judiciária gratuita a essas espécies processuais¹⁴. Entretanto, essa assertiva não invalida a premissa de que os sistemas guardam particularidades, recomendando-se estudo individualizado, até porque a análise da obrigatoriedade da defesa técnica em causas cíveis será pontual, de acordo com o direito discutido e sua complexidade, como se pode inferir do referido julgado.

Tanto assim que no ordenamento jurídico português, a despeito de ser consagrada a indispensabilidade do patrocínio forense para administração da justiça (art. 208 da CRP), facultando-se o acesso de qualquer pessoa aos serviços de um advogado quando de seu comparecimento perante qualquer autoridade (art. 20, n. 2 da CRP), a intervenção é obrigatória apenas em algumas fases do processo criminal (art. 32, n. 3 da CRP).

De maneira bastante semelhante essas distinções entre as garantias processuais penais e processuais civis também são constatadas no ordenamento jurídico brasileiro: advogados são indispensáveis à administração da justiça (art. 133 da CF), muito embora em alguns casos cíveis sua presença seja prescindível (art. 9 da Lei 9.099/95), o mesmo não ocorrendo com demandas de natureza penal¹⁵, afinal, quando está em jogo a liberdade

¹³ Vide art. 6, n. 1 (regra geral) e art. 6, n. 3 (regra específica para causas penais) da CEDH. Também assim o art. 8, n. 1 (regra geral) e o art. 8, n. 2 (regra específica para causas penais), da CADH. Por fim, a mesma estrutura pode ser vista no PIDCP: o art. 14, n. 1 enuncia as regras gerais, e o art. 14, n. 3 as específicas para causas penais.

¹⁴ Conforme parágrafo 26 do acórdão.

¹⁵ No ponto, convém destacar que a questão foi objeto de ADI, tendo a Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, recebido interpretação conforme a Constituição, a fim de que de seus dispositivos não se extraísse a possibilidade de dispensa de advogados em causas de natureza penal. Da julgado colhe-se:

individual, as amarras estatais devem ser maiores. Vejamos, portanto, como se consolidou em ambos os ordenamentos jurídicos o direito à assistência jurídica.

2.2 Modelos processuais penais. A questão do inquisitório e acusatório e o papel do defensor.

Para adequada compreensão do papel desempenhado pelo defensor, mister desvendar o modelo processual penal vigente, uma vez que, realizando essa tarefa, busca-se avaliar seus princípios estruturantes, ordenados de forma que o processo penal cumpra a finalidade que dele se espera: descoberta da verdade e a realização da justiça¹⁶. E, a partir dos referidos princípios, que irá o defensor exercer sua atividade.

Historicamente, dois modelos de realização da justiça são identificados: o inquisitório e o acusatório, cada qual com características diametralmente opostas, a seguir apresentadas. Esclarece-se, desde já, que há um terceiro modelo: misto ou napoleônico, em que se mesclam características de um e outro, consoante a fase/estágio processual que se encontre. Aparece na França oitocentista como espécie de compromisso entre dois sistemas¹⁷. Não havendo utilidade prática na sua definição – ao menos para a proposta e finalidade que se almeja – abster-se-á de fazê-lo.

Ademais, outra advertência inicial deve ser realizada: os referidos modelos são apenas ideais, ou seja, os diversos sistemas existentes tenderão a se aproximar mais de um ou outro, não devendo se esperar que todas as características de um modelo estejam presentes em determinado sistema para que seja classificado dessa ou daquela forma.

Tampouco há que se falar em uma relação temporal entre os modelos. Muito embora comumente se propague que o segundo suplantou o primeiro, a assertiva não é exata. Em Roma, por exemplo, há notícias do emprego do modelo acusatório para solução de controvérsias, especialmente nos delitos privados¹⁸. Assim, antes de uma relação histórica,

“quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal” <ADI 3168, Relator: Min. Joaquim Barbosa>.

¹⁶ DIAS, 2004: 43.

¹⁷ Uma breve síntese sobre suas características pode ser encontrada em NEVES, 1968: 21.

¹⁸ CORREIA, 1954: 51/55.

os modelos, em verdade, guardam correspondência com a forma de organização do poder político, é dizer, com as diversas formas de Estado que foram surgindo ao longo do tempo. Com efeito, o processo penal é dos ramos mais ideologizados, em razão da direta conexão de sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma dada comunidade¹⁹. Natural, portanto, que seus princípios estruturantes tenham referência nas ideologias que permeiam determinado modelo de Estado.

Assim, o inquisitório é normalmente relacionado aos modelos estatais absolutistas, em que este assumia posição de total supremacia em relação ao indivíduo. O processo penal, então, era dominado exclusivamente pelos interesses de Estado, ao passo que o argüido era visto como mero objeto da inquisição, sem que se lhe reconhecesse status de sujeito processual. Em nome da soberania estadual, ignoravam-se os mais elementares direitos do suspeito à proteção perante abusos e parcialidades. Importante, ao revés, era garantir os interesses do poder, abalados com a prática criminosa, face a obstáculos que podem ser postos pela vontade individual²⁰.

Caberia ao juiz, inspirado por essa ideologia, colocar o processo em movimento *ex officio*, seja em face de uma denúncia – expressão aqui utilizada em seu sentido vulgar – ou através de observação própria. Era o juiz, portanto, quem fixava o tema ou objeto processual, sem que ficasse vinculado por ele, afinal quando bem entendesse podia iniciar *motu proprio* a investigação²¹.

Para além de pôr o processo em movimento, decidindo o *se* e o *como* da investigação, naturalmente ao juiz competia realizar o julgamento da causa. Reuniam-se na mesma figura as funções de: inquiridor, acusador e julgador, com o grave risco de torná-lo interessado no resultado da causa. A favor do argüido e como meio de contenção do arbítrio judicial, apenas um sistema rígido de provas legais era previsto²². Naturalmente, esse débil sistema probatório não era suficiente para conter os abusos praticados pelos detentores de poder, até porque a investigação era secreta, de forma a impedir que o argüido sonegasse informações ou destruísse elementos probatórios indispensáveis; e escrita, já que os atos eram praticados em série e separados no tempo.

¹⁹ DIAS, 1976: 3.

²⁰ DIAS, 2004: 61.

²¹ CORREIA, 1954: 6/7.

²² NEVES, 1968: 23/24.

Dentro desse rígido sistema de provas legais, a confissão era considerada a mais importante, sendo autorizado o uso da tortura para sua extração, pois interessava a descoberta da verdade histórica, ontológica, a todo e qualquer custo. Como o réu era mero objeto de investigação, não chocava a consciência jurídica o fato de o mesmo ser submetido a tratamento tão infamante, já que aquele meio justificava o fim maior de proteção do Estado, vilipendiado com a prática criminosa. Assim, concentração de funções, não reconhecimento do réu como sujeito processual, segredo e escritura, e um rígido sistema de avaliação de provas são as características básicas que estruturam o processo de natureza inquisitória.

O modelo, entretanto, apresenta incongruências insuperáveis. A pretexto de nenhum crime permanecer impune, inúmeros abusos foram cometidos contra os cidadãos. O recurso a tortura para extração da confissão, por exemplo, expunha o inocente a todos os tipos de perigo, fazendo desaparecer a diferença entre esses e culpados. O inocente acabava sendo colocado na pior das situações, pois tinha tudo contra si: ou seria condenado se confessasse o crime que não cometeu – para fazer cessar a dor que já não podia mais suportar - ou seria absolvido depois de receber tormentos que não mereceu²³. Portanto, importava frear o poder estatal, defendendo o interesse individual, afinal ao Estado apenas interessava punir os culpados e tão apenas estes. Ademais, a estrutura inquisitória se choca frontalmente com as ideologias liberais defendidas pelo movimento Iluminista que, paulatinamente, ganhavam espaço no continente europeu, sobretudo após a Revolução Francesa.

Com efeito, o Estado torna-se uma realidade instrumental e não um fim em si próprio. É criado uma vez constatado que o estado de natureza garantia ao indivíduo uma liberdade irreal e inútil, pois se vivia na incerteza de encontrar inimigos por toda a parte, capazes de destruí-la. Assim, sacrifica-se parte dela para que o restante possa ser gozado com segurança. Esse depósito de liberdades é entregue pelo povo ao soberano, a fim de permitir o máximo desfrute de direitos pelos cidadãos. O soberano governa para o povo e em nome deste. Entretanto, só a necessidade constrange os homens a ceder parcela de sua liberdade, daí que cada um consente em colocar no depósito comum a menor porção dela, ou seja, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante²⁴.

²³ BECCARIA, 2011: 45/48.

²⁴ BECCARIA, 2011: 26/27

Desse modo, o surgimento de uma ideologia liberal, partindo de uma relação Estado-indivíduo completamente oposta às ideologias absolutistas, conduziu a estruturação processual penal totalmente diversa, mormente se pensarmos que, para assegurar a instrumentalidade estadual e conter abusos, sugeria-se a divisão de poderes, de modo que aquele que faz as leis não as executa, nem mesmo julga as controvérsias decorrentes de sua aplicação. Natural, portanto, que a figura do magistrado único fosse rejeitada, afinal seria impensável que ele fizesse (momento inicial: acusasse) e depois desfizesse seus julgamentos (momento final: sentenciasse), pois não iria querer estar em contradição consigo mesmo²⁵.

O modelo inquisitório é, portanto, suplantado no exato momento em que a ideologia jurídica de um Estado de polícia desaparece, em razão da indissociável ligação entre ambos, só podendo reviver em Estados totalitários, divorciados da idéia de Estado de direito²⁶. Assim, estando o indivíduo no centro das considerações e havendo necessidade de se repartirem as funções, como forma de impedir excessos, o processo penal paulatinamente vai assumindo uma estrutura acusatória, ou seja, reconhece-se aos sujeitos processuais (Estado-acusação e réu) o direito de participação constitutiva na declaração do direito do caso, além de haver uma cisão funcional efetiva entre o órgão que instrui o processo e deduz a acusação, e aquele que irá julgar o conflito²⁷.

Deve-se destacar que há uma clara e nítida distinção entre os modelos acusatórios empregados nos países de origem anglo-saxônica, e os existentes na Europa continental, muito embora se verifique, na atualidade, uma abertura da estrutura continental a princípios e institutos próprios do processo penal anglo-americano: desde uma reconfiguração mais adversarial do modelo de audiência, a uma mais larga aceitação do princípio da oportunidade da ação penal²⁸. De toda sorte, interessa-nos distinguir essas duas espécies do gênero acusatório, uma vez que terão influência direta no papel desempenhado pelo defensor.

A estrutura acusatória pura, existente nos países de origem saxônica, assemelha o processo penal ao processo civil. Além de o órgão de acusação fixar o objeto do processo, também ele deve fornecer o material probatório a ser examinado pelo juiz, que assiste passivamente o conflito das partes (Estado-acusação e réu), não lhe sendo dado recolher qualquer material tendente a confirmar ou refutar os fatos por elas alegados. Só às partes

²⁵ MONTESQUIEU, 2000: 88/92.

²⁶ DIAS, 1972: 187.

²⁷ DIAS, 1976: 9.

²⁸ DIAS, 2008: 368/369.

será lícito produzir a contraditar as provas, com base nas quais o tribunal deverá formar sua decisão. Domina, portanto, um amplo princípio dispositivo, na medida em que a atividade do autor é necessária para a própria manutenção do processo e disposição de provas²⁹.

Tal modelo dificilmente se concilia com a natureza eminentemente pública das relações que o direito processual penal serve. Com efeito, se o crime corresponde a uma grave afetação de bem jurídico³⁰ e, portanto, digna de apenação, seu conteúdo é, em regra, indisponível. Desse modo, não se pode sonegar ao tribunal o poder-dever de autonomamente esclarecer e instruir os fatos alegados pelos sujeitos processuais – limitado, portanto, à acusação deduzida por órgão diferenciado e defesas apresentadas - criando ele próprio as bases necessárias para prolação da decisão.

Assim, à estrutura acusatória deve-se integrar o princípio da investigação, com o que melhor harmonizam-se as finalidades conflitantes do processo penal: a descoberta da verdade e restabelecimento da paz jurídica afetada com a prática criminosa; e a proteção dos direitos fundamentais do acusado³¹. Pois onde se dê guarida a um só dos valores conflitantes em detrimento dos restantes, haverá uma indicação segura – salvo se estiver em jogo a intocável dignidade da pessoa humana – da tomada de uma solução antidemocrática e totalitária³².

Não fossem os aplausos da doutrina nacional, parece indene de dúvidas ter o sistema processual penal português adotado a estrutura acusatória, como se nota do art. 32, n. 5 da CRP, integrado pelo princípio da investigação (art. 219, n. 1 da CRP). A citada constatação não é retórica, gozando de verdadeiro conteúdo prático normativo: consequência inevitável dessa repartição de funções entre os órgãos estatais é, por exemplo, a imposição de medidas de coação ao argüido ser da competência de um juiz e, na fase inquisitorial, depender de requerimento do órgão de acusação³³, como se nota do art. 194, n. 1 do CPP. No ponto, parece-nos que a reforma promovida pela Lei 20/2013, ao permitir que o juiz de instrução

²⁹ CORREIA, 1954: 9/13.

³⁰ Assim entendido como expressão de um interesse pessoal ou comunitário, na manutenção dum certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante <DIAS, 2012a: 114>.

³¹ DIAS, 1998: 202/203.

³² ANTUNES, 2003: 1239.

³³ ANTUNES, 2003: 1251.

aplique medida mais gravosa ou diversa daquela requerida pelo Ministério Público (art. 194, n. 2) incidiu em vício de inconstitucionalidade³⁴.

O sistema processual penal brasileiro também parece adotar o referido modelo, uma vez que é interdito ao juiz dar início à ação penal. Entretanto, não se trata, nos dizeres de *Tourinho Filho*³⁵, de um “processo acusatório ortodoxo”, já que não se desconhece hipóteses em que o magistrado pode agir de ofício (concessão de *habeas corpus*, determinação de produção de provas, decretação de prisão preventiva).

Assim, compete exclusivamente ao Ministério Público a propositura da ação penal (art. 129, I da CF³⁶), não lhe sendo dado desistir das demandas que intentou (art. 42 do CPPb), nem dos recursos que interpôs (art. 576 do CPPb). O juiz, por sua vez, pode, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem como ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 CPPb), muito embora atribua-se aos sujeitos processuais o ônus de provar suas alegações (art. 156, II do CPPb).

Daí porque se considera o Ministério Público como verdadeira parte, donde se extrai uma tendência de maior aproximação com sistemas anglo-saxões, preservando-se em superior extensão a igualdade dos atores processuais. Aqui reside a maior distinção dos sistemas, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece ao Ministério Público qualquer resquício de função jurisdicional, razão pela qual não lhe é dado determinar qualquer medida constritiva de direitos, ao passo que em Portugal o órgão é reconhecido como autoridade judiciária, colaborador do juiz, facultando-se, por exemplo, determinar a detenção de pessoas para que sejam levadas a sua presença³⁷. Entretanto, essa circunstância não impedirá o tratamento unitário da matéria, haja vista que os ordenamentos se assentam sobre um mesmo modelo: acusatório integrado pelo princípio da investigação.

Nessas bases que serão analisados os contornos do direito à defesa técnica e a atividade desempenhada pelo defensor. Entretanto, desde já se pode afirmar que, tendo em mente a distinção entre ambos os modelos, o direito à defesa técnica apenas existe *concretamente* nos sistemas acusatórios.

³⁴ Assim também manifesta-se CAIRES, 2012: 2/6. Convém lembrar que o TC, no acórdão 474/2012, invalidou o juízo de inconstitucionalidade do art. 194, n. 2 do CPP, versão anterior, realizado por juíza de instrução, ao deferir medida de coação diversa e mais gravosa da requerida pelo Ministério Público.

³⁵ 2007: 52.

³⁶ Segundo RANGEL, essa norma constitucional consagra a adoção do sistema acusatório, uma vez que a “função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular” <2012: 51>.

³⁷ CARVALHO; BRANDÃO, 2009: 57/58.

Não se afirma com isso que o processo inquisitório desconheça a figura do defensor, muito embora nalguns ordenamentos jurídicos o juiz assumisse oficiosamente o papel do advogado, afinal deveria procurar a verdade e, com ela, também as circunstâncias atenuantes. A esse respeito, convém lembrar que a presença do defensor nos Tribunais da Santa Inquisição portugueses apenas teria lugar após ser o acusado submetido a tortura e interrogatórios pelos inquisidores. Ademais, estavam sujeitos às seguintes obrigações: não falar a sós com o cliente; abandonar imediatamente a defesa desde que se convencesse da culpa; exortar o réu a confissão; informar o tribunal sobre a culpa do réu. Poderiam ainda ser punidos se demonstrassem demasiada solidariedade para com os hereges³⁸.

Desse modo, mesmo nos ordenamentos em que a figura do advogado era reconhecida, sua atuação era inócua: um verdadeiro simulacro de advocacia, já que lhe era dado apenas intervir após os resultados da averiguação que formavam a base exclusiva sobre qual iria incidir o pronunciamento da sentença, estando assim determinado no seu conteúdo o desfecho do processo. Querendo ser bem sucedido, *rectius* a absolvição de seu cliente, o advogado deveria de recorrer a expedientes pouco confessáveis e nada relacionados à boa técnica jurídica³⁹.

2.3 O direito à defesa técnica.

A breve exposição sobre os modelos processuais penais existentes acabou por pré-anunciar alguns fundamentos do direito à defesa técnica: a importância de um terceiro profissional para expor as razões pelas quais determinado direito deve ser reconhecido, a partir da constatação de que o visado é um sujeito processual, titular de posições jurídicas passíveis de limitar e/ou obstar a persecução penal. É chegada a hora de desenvolver essas idéias.

De início, julgamos indispensável definir os contornos do próprio direito à defesa, do qual o direito à defesa técnica é garantia: através dela que se assegurará ao imputado o desfrute da ampla defesa, sem a qual a mesma restaria irreal e ilusória. Uma advertência inicial igualmente merece destaque: o direito de defesa não é atemporal, abstrata e universalmente reconhecido e aceite. Corresponde, na verdade, a espaços de movimento e

³⁸ ALVES, 2003: 97.

³⁹ GOSSEL, 1983: 249/251.

de resistência do indivíduo que se alteram com as conjunturas políticas e sociais⁴⁰. Assim, o mesmo será estudado a partir do paradigma liberal iluminista de Estado, consoante abordado no item 2, dessa exposição.

2.3.1. – O direito à defesa.

Etimologicamente, defesa significa ‘opor-se a um perigo de dano’, ou ‘resposta a um ataque ou agressão’, do que ressalta seu caráter reativo, de modo que não é propriamente correto utilizar a expressão para designar a tutela de quem demanda. Consiste, portanto, na possibilidade de atuação de um litigante como resposta frente a outra atuação, de sorte a se tornar interveniente no processo, em que se discutem questões que lhe são afetas⁴¹.

Deve-se pontuar que o legislador processual goza de bastante liberdade para estipular a maneira pela qual a reação à acusação poderá ser exercida. Entretanto, por corresponderem à essência da defesa, deve necessariamente criar as faculdades de o sujeito: **formular alegações**, admitindo-se que sejam estabelecidos oportunidades/momentos processuais para tal; **comprovar tais alegações**, propondo meios de prova a serem necessariamente valorados pelo tribunal; **contradizer** as alegações e provas apresentadas pela contra-parte; **ter seus argumentos apreciados** pelo julgador, sobre o qual incide um dever de motivação, sem o qual se tornariam vãs as faculdades anteriores. Em suma, a defesa enquanto direito subjetivo deve ser compreendida como a faculdade, atribuída a todos os indivíduos sujeitos a serem afetados por uma resolução judicial, de apresentar alegações e provas, contradizer as contrárias, com a certeza de que serão valoradas na decisão correspondente⁴².

Como isso, busca-se atender uma das exigências decorrentes da adoção da cláusula de “Estado-democrático-de-direito” (art. 2º da CRP e art. 1º da CF), segundo a qual a afetação jurídica de posições subjetivas fica condicionada à participação do respectivo titular em processo regular, é dizer, são os direitos e interesses subjetivos intangíveis sem a prévia instauração de processo justo⁴³. Com efeito, a componente democrática dessa forma de organização do poder estatal não se baseia apenas nos conceitos de soberania e vontade

⁴⁰ GIANARIA; MITTONE, 2011: 15.

⁴¹ PEREZ, 1997: 2.

⁴² PEREZ, 1997: 5.

⁴³ DUARTE, 2007: 13.

popular, expressadas no sufrágio universal e participação na resolução dos problemas nacionais. Em verdade, o conceito constitucional de democracia é materialmente alargado, exigindo a participação popular no próprio exercício do poder⁴⁴, do qual não se exclui o jurisdicional.

A esse respeito, é interessante observar que a justificação à legitimidade do Poder Judiciário repousa no conceito de ‘verdade’. A validade das decisões não reside no valor político do órgão de onde emanam⁴⁵, até porque em Brasil e Portugal seu provimento não ocorre por eleição direta. Essa verdade, entretanto, só pode ser resultante de um debate equitativo entre os sujeitos participantes da controvérsia, por força do princípio democrático. A democracia da administração da justiça advém da democracia no processo, da dialética contraditória que deve regê-lo.

Com efeito, a partir do pensamento de *Habermas*, a verdade surge do consenso, baseada na revalidação discursiva de pretensões de validade fundadas na experiência. Segundo essa teoria, apenas é possível atribuir o predicado verdade a um determinado objeto se qualquer pessoa que participe do diálogo também pudesse o fazer. A condição para verdade de enunciados é a concordância potencial de todos os outros. Qualquer outra pessoa teria de poder persuadir-se de que o predicado é atribuído de forma legítima. Assim, “a verdade de uma proposição significa a promessa de alcançar um consenso racional sobre aquilo que é dito”⁴⁶.

Ora, se a verdade baseia-se na concordância potencial de todos os outros indivíduos – veja-se não exige a efetiva concordância, caso em que só haveria que se falar em verdade quando o réu, por exemplo, confessasse os fatos – todos os envolvidos diretos devem poder participar do diálogo, de onde se deverá extrair aquele consenso potencial.

Entretanto, na história das práticas judiciárias – o modo pela qual se concebeu e se definiu o rito através do qual homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido – a verdade se formou a partir de variadas regras de jogo, muitas vezes dotadas de elevado grau de subjetividade. Na sociedade grega e arcaica, por exemplo, a verdade era estabelecida judicialmente por uma prova de verdade, e não uma constatação. Havia um jogo, um desafio lançado por um adversário ao outro. A versão do vencedor da prova/luta era a verdadeira. A enunciação da verdade aparece como algo prospetivo, segundo o

⁴⁴ CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 206.

⁴⁵ FERRAJOLI, 2010: 499.

⁴⁶ 2010: 190.

resultado do jogo. Entretanto, essa forma de se atingir o conhecimento é abandonada, sendo substituída por um modelo em que a verdade aparece como resultante de um processo de reconstrução dos fatos através do olhar testemunho. São introduzidos processos racionais de demonstração, a partir de regras de observação. De seguida, desenvolve-se a arte de persuadir e convencer as pessoas da verdade do que se diz, de obter a vitória para verdade ou, ainda, pela verdade⁴⁷.

É de se ter, entretanto, que esse processo de reconstrução de fatos a partir do testemunho pode ser falho. A existência humana, imperfeita como é, está ligada à dicotomia verdade-erro. Dessas falhas, incertezas e perturbações humanas podem surgir falsas interpretações, juízos demasiadamente apressados. A intensa polarização do espírito numa determinada direção, por sua vez, pode fazer com que muitos fatos importantes sejam desconsiderados pelo observador. Ou ainda, a ansiedade por encontrar nos fatos examinados a hipótese de confirmação da verdade, faz com que neles se observe o lado que mais se aproxima da verdade procurada⁴⁸.

Todo esse quadro se problematiza quando a opinião – julgamento - deve ser formada a partir de observação de terceiras pessoas – a prova testemunhal - sujeitas a praticar esses mesmos erros, de sorte que a possibilidade do surgimento de falhas se potencializa. A isso se somam as constatações científicas de que o testemunho sem erros constitui exceção na prática experimental, sendo o tempo fator determinante para sua ocorrência: quanto mais distante do fato for colhido o depoimento, menos exatidão haverá. Sem falar nas mentiras involuntárias – aquelas inoculadas no espírito da testemunha que, procurando reordenar suas imperfeitas recordações, se convence de que censuras dirigidas a seu depoimento são procedentes e acaba por reformulá-lo, quando em verdade aquelas críticas eram improcedentes – ou mesmo as mentiras intencionais⁴⁹.

Destaque-se que, nem mesmo quando o processo de reconstrução de fatos se dá através da prova científica, pode-se afirmar que inexiste o risco de erros. Com efeito, na constatação de muitos problemas físicos, químicos, bioquímicos há resultados contraditórios que derivam da própria incapacidade das ciências empíricas para estabelecer a verdade ontológica do acontecimento⁵⁰. Ademais, não poucas vezes os conceitos jurídicos a serem

⁴⁷ FOUCAULT, 2002: 53/55.

⁴⁸ BATTISTELLI, 1977: 11/12.

⁴⁹ BATTISTELLI, 1977: 67, 84/85.

⁵⁰ CONDE, 2007:49.

determinados através da prova pericial não correspondem a fenômenos dêiticos. Antes, requerem uma análise subjetiva sobre interesses, paixões, vontade humana. A imprecisão desses conceitos torna a prova pericial pouco útil para solução da questão, de regra dependente de uma valoração pessoal do julgador⁵¹.

As impurezas processuais não se esgotam na falibilidade do processo de reconstrução, mas também nos limites impostos ao julgador, em razão da consideração do indivíduo como sujeito de direitos, por sua intrínseca dignidade. Assim, diferentemente do observador/investigador das ciências naturais, o investigador judicial tem nas regras processuais de proibição de prova amarras que não lhe permitem explicar os fenômenos minuciosa e claramente, do que resultam constatações não necessariamente fiéis ao acontecido. Ademais, orientada que é pela busca da comprovação dos elementos do tipo legal de crime, os resultados que a investigação judicial nos proporciona são bastante seletivos e parciais⁵².

Assim, se a verdade aparece como algo limitadamente cognoscível - seja em razão de nossas imperfeitas condições sensitivas, seja pela natureza dessa mesma realidade, que se apresenta sob múltiplos contextos e diferentes formas, uma vez apreendida a partir de um observador inserido nesse mesmo contexto e, portanto, parcial e preconceituoso⁵³ - natural que se faculte ao argüido apresentar fatos e meios de prova que permitam um alargamento desse espaço de cognição, de modo a se vencer a luta contra o erro judiciário. Aí reside outro fundamento do direito de defesa.

2.3.2 – A defesa como condição de validade do processo penal.

A par de corresponder a uma exigência de uma sociedade democrática e um mecanismo para conhecimento da verdade, a participação dos interessados acaba por se tornar nota essencial da decisão jurisdicional, de sorte que a garantia passa também corresponder a um instituto fundamental de direito processual, ao lado de ação, jurisdição e processo. A presença desses elementos distinguirá o processo jurisdicional de um mero procedimento⁵⁴.

⁵¹ CONDE, 2007: 111/113.

⁵² HASSEMER, 2009: 23/28.

⁵³ MONTEIRO, 2003: 328.

⁵⁴ FERNANDES, 2002: 23.

Com efeito, a partir do momento que a liberdade do indivíduo perante a força do Estado é reconhecida como princípio sobre o qual se funda a comunidade, o momento processual emerge como fonte de proteção de excessos, de sorte que a existência da defesa será encarada como fundamento de validade do procedimento justo⁵⁵. A partir dessa constatação, a defesa passa a ser estudada sob duas perspectivas. Uma de caráter subjetivo, correspondente à faculdade atribuída ao indivíduo de reagir à ação contra si instaurada, a fim de perseguir uma decisão favorável, preservando direitos substanciais questionados no bojo de um processo. Outra, de caráter objetivo, sem a qual o processo não se desenvolve, traduzindo-se como requisito para sua constituição⁵⁶.

Com efeito, sendo um dos possíveis resultados do processo penal a privação de liberdade do acusado, não se admite que o mesmo renuncie completamente a defesa, como não se lhe permitiria avançar negócio jurídico que tivesse por objeto a privação de sua liberdade ambulatorial. Por outro lado, o direito à liberdade (art. 27 da CRP e art. 5º da CEDH; art. 5º, *caput* da CF/88 e art. 7º da CADH; e art. 9º do PDCP) não apenas vincula o Estado negativamente, é dizer, cria uma zona de exclusão à ação estatal, mas também positivamente, de sorte que este deve criar medidas e desenvolver mecanismos para que o mesmo seja plenamente desfrutado pelos indivíduos⁵⁷, do que a obrigatoriedade de defesa é expressão.

Assim, se para o acusado não há uma obrigação de defender-se - a legislação apenas deve-lhe facultar meios para que possa apresentar uma reação ao ataque – não se concebe um processo penal sem que haja contrariedade a hipótese acusatória⁵⁸, que deverá obrigatoriamente ser apresentada por terceira pessoa, como requisito de validade para a decisão jurisdicional. Não é à toa que a CRP determina os momentos em que a intervenção do defensor é obrigatória (art. 32, n. 3 da c/c art. 64 do CPP).

No Brasil, apesar de a CF não conter disposição idêntica à portuguesa – apenas assegura o direito do preso ser informado à respeito da assistência jurídica (art.

⁵⁵ GIANARIA; MITTONE, 2011: 29.

⁵⁶ FERNANDES, 2002: 25/26.

⁵⁷ KOMBE, 2007: 7.

⁵⁸ Em sentido contrário, Rodrigo Santiago (2007: 223/224) afirma que “o arguido pode renunciar, total ou parcialmente, à chamada defesa técnica ou assistência. Queremos com isso dizer que, ainda que patrocinado, no sentido de assistido por advogado ou advogado estagiário, o arguido nunca pode demitir-se totalmente do direito à auto-defesa”. Parece-nos, sem razão, afinal não se pode obrigar uma pessoa a exercer determinado direito. Ademais, se assim o fosse, o processo penal teria a marcha determinada exclusivamente pelo comportamento do arguido. Não querendo defender-se seria ele suspenso? A própria possibilidade de julgamento na ausência revela o equívoco das lições do ilustre professor (art. 32, n. 6 da CRP).

5º, LXIII) - é indene de dúvidas que o processo penal não se desenvolve sem a presença do defensor - vide julgamento proferido na ADI 3168, já mencionado. A esse respeito afirma-se que o direito à defesa exercida por profissional é indisponível, na medida em que não se revela como mera garantia do acusado, mas também como condição para paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório⁵⁹, idéias que adiante serão explicitadas.

2.3.3- Conteúdo e fundamentos: a garantia da garantia.

Mas em que consiste a garantia da defesa técnica? A resposta parece assaz pueril, é dizer: assegura-se que a defesa seja feita por terceira pessoa, o defensor. Entretanto, se atualmente parece inquestionável que esse sujeito deve ser um advogado, nem sempre a legislação assim tratou do tema. Com efeito, o CPP, em sua versão original⁶⁰ e naquela revista em 1998 pela Lei n. 59⁶¹, admitia que o defensor fosse qualquer pessoa idônea⁶². Apenas em 2007, por força da Lei 48, é que a nomeação de defensor passou a recair exclusivamente sobre advogados, já que a Lei 30-E/2000 admitia que a mesma recaísse sobre estagiários⁶³.

Por outro lado, CPPb tratou o defensor como sendo profissional advogado ou solicitador, como se nota do art. 264. A partir de 1963, com a promulgação de Lei 4.215,

⁵⁹ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004: 93.

⁶⁰ Art. 62, n. 2: “Nos casos em que a Lei determinar que o argüido seja assistido por defensor e aquele o não tiver constituído, o juiz nomeia-lhe defensor, de preferência advogado ou advogado estagiário, mas o defensor nomeado cessa as suas funções logo que o argüido constituir advogado”.

⁶¹ Art 62, n. 2: “ Nos casos em que a lei determinar que o argüido seja assistido por defensor e aquele não o tiver constituído ou não o constituir, o juiz nomeia-lhe advogado ou advogado estagiário, mas o defensor nomeado cessa funções logo que o argüido constituir advogado. Excepcionalmente, em caso de urgência e não sendo possível a nomeação de advogado ou advogado estagiário, poderá ser nomeada pessoa idônea, de preferência licenciado em Direito, a qual cessa funções logo que seja possível nomeação de advogado ou advogado estagiário”.

⁶² Por pessoa idônea entende-se aquela capaz de melhor assegurar (ou frustrar o menos possível) os direitos de defesa. Um solicitador, nessa ordem de ideias, prefere a qualquer outra pessoa. Por outro lado, uma pessoa que mal soubesse ler ou escrever não deveria ser nomeada para o encargo, uma vez que correr-se-ia o risco de negar-se brutalmente o direito à defesa técnica. De igual forma, a nomeação deve evitar recair sobre funcionários judiciais – muito embora na prática o fossem – por se encontrarem numa relação de subordinação hierárquica em relação ao juiz <PIMENTA, 1991: 211>. Em sentido contrário, o TC, em apertada maioria, decidiu que não há inconstitucionalidade no apontamento de funcionários judiciais para exercício da função de defensor, uma vez que importa avaliar se institucionalmente possam esses sujeitos exercer essa função sem que daí possa ser responsabilizado pelo juiz, não devendo ser indagado se seu estatuto pessoal, em outras oportunidades, permita esse controle <Conforme acórdão 59/1999, Relator: Cons. Bravo Serra>. Parece-nos equivocada a decisão, uma vez que o defensor, para além de uma independência intra-processual assegurada através das imunidades e faculdades atribuídas pela lei processual, deve gozar de uma imagem independente e isenta, negada quando pertença ao próprio aparelho judiciário, que o julga.

⁶³ SANTIAGO, 2008: 327/328.

apenas os primeiros poderiam desempenhar a tarefa, uma vez que o quadro de solicitadores foi extinto (art. 150). Entretanto, essa mesma legislação – preocupando-se com a excessão de advogados nos mais distantes rincões do país - permitia que qualquer pessoa idônea realizasse a defesa criminal do acusado, nos casos em que fosse impossível a nomeação de um profissional habilitado, por inexistência na sede do juízo (art. 75), norma cuja aplicação não era recusada pelo STF⁶⁴. Em 1994, com a promulgação do novo Estatuto da Advocacia, não foi repetida disposição semelhante, de sorte que ao menos a partir daquele ano, defensor e advogado (público ou privado) são sinônimos.

Com efeito, percebeu-se – tardiamente em Portugal, diga-se de passagem – que para a defesa ser efetiva e o processo justo não bastava que pessoa idônea falasse em nome/favor do acusado. Ao revés, mostrava-se necessário que um especialista o fizesse. A crescente complexidade das relações sociais, e por consequência do direito, que pretendia regulá-las, fez emergir uma autêntica ciência, cujo conhecimento não era dado à generalidade da população. Desse modo, apenas um profissional, é dizer, aquele que acedeu aos conhecimentos técnicos através de estudo e observação seria capaz de, eficazmente, argumentar em favor do acusado. Nesse sentido é que se afirma que advogados criminais não são itens de luxo, mas sim artigos de primeira necessidade⁶⁵.

Ilustrando a distinção sobre a compreensão do fenômeno jurídico por leigos e profissionais, *Kenneth Vandeveld*⁶⁶ afirma que aqueles realizam uma leitura simplista do direito, a partir da indagação do que ‘podemos’ ou não ‘podemos fazer’, ao passo que para os advogados o raciocínio realizado é bastante mais complexo: inicia pela identificação das fontes de direito aplicáveis; segue-se com a análise dessas fontes para determinar as normas aplicáveis e políticas subjacentes a ela; de seguida sistematizam-se as normas de direito aplicáveis numa estrutura coerente; ato contínuo, pesquisam-se os fatos disponíveis; por fim, aplica-se a estrutura de normas aos fatos para determinar os direitos ou obrigações por eles gerados.

Outrossim, é de se pontuar que a complexidade do fenômeno jurídico e a possibilidade de sua compreensão pela generalidade de indivíduos não são indiferentes ao Direito. Ao revés, este as reconhece como fatos jurídicos digno de tutela, a ponto de não

⁶⁴ Habeas Corpus 45.726, Relator: Min. Eloy da Rocha, julgado em 30 de agosto de 1968. O processo, entretanto, foi anulado, porquanto entendeu-se que as falhas do defensor correspondiam à ausência de defesa.

⁶⁵ BERGER, 1986: 14.

⁶⁶ 2000: XIV/XV.

punir a título doloso a agente que atua em “erro sobre elementos de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência conhecimento da ilicitude do fato” - art. 16 do CP.

A respeito da citada norma, *Germano Marques da Silva* comenta que o Direito tem de se generalizar por razões de segurança, sendo razoável admitir que, em relação aos crimes tradicionalmente designados por naturais ou *mala in se*, a generalidade dos cidadãos tenha deles consciência, sabendo, portanto, que são proibidos. Entretanto n’outros crimes, denominados artificiais ou *mala prohibita*, o conhecimento da proibição não resulta da socialização normal e por isso não se pode presumir que sua ilicitude seja conhecida por todos⁶⁷.

Com efeito, verifica-se uma atual tendência de inflação legislativa, tornando mais difícil a compreensão e assimilação clara do Direito, até mesmo para profissionais, de sorte que cada vez mais se torna irreal a máxima de que “ninguém pode ignorar a lei”⁶⁸. Acrescente-se que essa tendência é bastante acentuada em Portugal, em razão de sua inserção na União Europeia, com Tribunais e outros órgãos de poder próprios, ao lado das autoridades nacionais. A relação entre essas fontes não é necessariamente harmônica e reclamou a criação de critérios para solução de controvérsias das normas expedidas por cada uma dessas esferas de poder, nem sempre muito claros.

A complexidade do fenômeno jurídico igualmente se verifica não apenas em razão do emprego de técnicas específicas para resolução determinado conflito, ou da crescente inflação legislativa, mas também por conta da linguagem utilizada por seus operadores e pela própria legislação, caracterizada por um estilo confuso e impenetrável, recheada de palavras de cariz burocrático e remissões em cadeias. E não sendo o sujeito capaz de entender os signos lingüísticos que designam determinado direito, em verdade ele não tem direito algum, já que não será capaz de exercê-lo⁶⁹.

Com efeito, o direito é baseado essencialmente na comunicação estabelecida entre: legislador e indivíduos, tribunais e litigantes e esses entre si, partes de um contrato, etc. Essa comunicação funda-se numa relação entre emissor e receptor da mensagem, expressada em símbolos. Por sua vez, a relação entre esses símbolos e um dado da realidade corresponde ao significado. Havendo falha de qualquer desses sujeitos - emissor que mal se expressa;

⁶⁷ MARQUES DA SILVA, 2012: 285.

⁶⁸ BRANCO, 2008: 9.

⁶⁹ COUNCIL OF CANADIAN ADMINISTRATIVE TRIBUNALS, 2005: 4.

receptor que não entende - a comunicação não se realiza e, conseqüentemente, fracassa o direito.

Note-se que, apesar de a dificuldade comunicacional decorrente da tecnicidade de termos empregados não ser exclusiva da ciência do direito, ao revés é nota de todo saber especializado: doentes também não entendem a linguagem cifrada de médicos, a questão se potencializa no ramo jurídico. Com efeito, como a argumentação jurídica cumpre uma função legitimadora da decisão judicial, esta será inatingível caso não seja apreensível por seus destinatários⁷⁰.

Não fosse a tecnicidade dos símbolos utilizados na linguagem jurídica – o que de regra inviabiliza o estabelecimento de comunicação entre leigos – a determinação do significado dos termos jurídicos (símbolos) nem sempre é unívoca, ou seja, advém da vontade do legislador, mas muitas vezes é produto de interpretações realizadas pelos receptores⁷¹. O conhecimento dessas técnicas de interpretação, de regra ausente em leigos, é pressuposto para a comunicação, de sorte que o advogado afigura-se essencial para auxiliar esse processo.

Nem mesmo o aparecimento de movimentos estimuladores do emprego de linguagem clara e precisa surgidos na década de 70 nos EUA⁷², foram suficientes para aproximar cidadãos de tribunais. O quadro se agrava sobretudo quando a comunicação se dá no contexto de audiências, em que há controle discursivo pelos profissionais, cada qual exercendo um determinado papel num cenário formal e cerimonial, em ambiente atípico e estranho para o leigo, e, portanto, bastante constritor e problemático a sua prestação discursiva⁷³.

Tanto assim que em inquérito realizado por *Hespanha* apenas 10% dos entrevistados responderam afirmativamente à indagação: “é fácil para uma pessoa comum entender a linguagem utilizada nos tribunais?”, índice que se manteve semelhante em todos os grupos, mesmo considerado o fator grau de escolaridade⁷⁴.

⁷⁰ CARMO, 2012: 71.

⁷¹ HOECKE, 2002: 128/129.

⁷² No ano de 2010 em Portugal, desenvolveram-se iniciativas, já abandonadas é verdade, de simplificação legislativa e administrativa, através da adoção de medidas de clarificação de linguagem: o programa SIMPLEGIS. Objetivos essenciais eram: redução da produção legislativa; publicação de guias práticos para assegurar a boa aplicação da lei; democratização do acesso à legislação, com a publicação de resumos em linguagem precisa na sequência da publicação de decretos-lei ou regulamentadores <MARQUES; DOMINGUES, 2012: 88/89>.

⁷³ CARAPINHA, 2012: 45/46.

⁷⁴ 2005: 28/29.

Em razão dessas constatações, pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América demonstram ter a presença de um profissional relação direta e significativa com o desenrolar/resultado do caso, até mesmo em procedimentos simples, decididos nos Julgados de Paz. De igual forma, a presença da defesa técnica tem impacto significativo sobre a percepção do réu a respeito da equidade do desenrolar processual⁷⁵.

Não fosse a enorme complexidade do fenômeno jurídico – o que torna ilusória a possibilidade de um sujeito leigo resistir à pretensão punitiva eficazmente, manejando adequadamente os instrumentos defensivos colocados a sua disposição – o processo penal, de regra, é iniciado pelo Ministério Público com auxílio de inúmeros outros órgãos estatais: polícias, serviços de perícias, etc. É dizer: o sujeito processual que inicia a ação penal é profissional, além de ser auxiliado por corpo próprio também especializado. Para reequilibrar essa relação de sorte a tornar o processo justo e regular, necessário igualar as armas entre defesa e acusação, do que resulta imperiosa a presença de um profissional ao lado do acusado, pleiteando e defendendo seus interesses.

No ponto, uma ressalva merece destaque. O sistema processual penal português não se harmoniza completamente com o princípio da paridade de armas, em razão da função constitucionalmente cometida ao Ministério Público de exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade, do que decorre um dever de objetividade⁷⁶.

Com efeito, a adoção de um sistema acusatório mitigado pelo princípio da investigação retira do Ministério Público a qualidade de parte, uma vez que sobre si não recai nenhum ônus probatório. Ademais, não tem ele domínio do objeto do processo, pois sua atuação está jungida pelo princípio da legalidade, de sorte que inexiste margem de discricionariedade para formular a acusação, ou mesmo desistir dela⁷⁷. Assim, não sendo o processo penal português um processo de partes, “a reclamada «igualdade» de armas processuais (...) só pode ser entendida com um mínimo aceitável de correcção quando lançada no contexto mais amplo da estrutura lógico-material global da acusação e da defesa e da sua dialéctica”⁷⁸.

De toda sorte, o julgamento penal deve se organizar de acordo com a mais estrita paridade-processual entre acusação e defesa. Nem mesmo o dever de o Ministério Público

⁷⁵ GROSS, J., 2013: 30/31.

⁷⁶ ANTUNES, 2013: 106.

⁷⁷ DIAS, 2004: 249/252.

⁷⁸ Conforme acórdão TC 160/2010, item II.4, Relator: Cons. Maria João Antunes.

investigar causas exculpatórias, atuando em benefício do acusado, infirma a referida conclusão. Ainda que presumida a boa vontade daquele sujeito processual, não se pode impedir que em cada caso particular aconteçam erros, olvidando-se de circunstâncias excludentes da culpa, ou sendo aceitas falsas constatações⁷⁹.

Atente-se que o direito à “liberdade” ocupa posição de destaque tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no português, inspirados que são pelos ideários iluministas. Esse direito, que corresponde o núcleo duro da dignidade do ser humano – atualmente não se imagina um indivíduo que não livre – é colocado em grande risco com a deflagração do processo penal, uma vez que a sanção criminal poderá resultar na privação da liberdade ambulatorial da pessoa. Assim, a presença do advogado, ao testar o caso apresentado pelo Ministério Público, assegura que os resultados sejam confiáveis, reduzindo o risco de julgamentos equivocados e violências não autorizadas ao referido direito⁸⁰.

A existência de uma tendência ao equilíbrio entre acusação e defesa é, portanto, condição para existência de um processo justo, sem o quê qualquer produto que daí advenha corresponderá a autêntica vingança, em negação à superioridade ética do Estado, pois haverá um encurtamento da diferença que deve mediar a perseguição do crime e este próprio. A ausência de um combate equânime, de que a presença da defesa técnica é indispensável, contraria a idéia de direito/justiça a cuja realização o processo penal está ordenado⁸¹.

A esse respeito, convém lembrar a função do direito penal é permitir a realização mais livre possível da personalidade de cada indivíduo enquanto membro de uma comunidade. A aplicação das penas é garante dessa função, de sorte que sua finalidade inicial é a tutela prospectiva dos bens jurídicos penais violados no caso concreto, de modo a reforçar a confiança comunitária na norma, restabelecendo a paz jurídica abalada com o crime. A essa necessidade de prevenção geral agregam-se necessidades preventivas especiais, como a socialização do agente, ambas a serem consideradas na sua determinação concreta⁸².

Ora, como o Estado somente pode impor uma pena ao agente de crime através do processo penal, afinal há muito se entende que *nulla poena sine judicio*, imperioso que esse seja levado a cabo de forma a não contrariar as finalidades das sanções que dele podem resultar.

⁷⁹ TIEDEMANN; ROXIN; ARZT, 1999: 184.

⁸⁰ GOODPASTER, 1986: 62.

⁸¹ ANDRADE, 2013: 73/74.

⁸² DIAS, 2012a: 80/82.

De fato, como o direito processual penal regulamenta a realização concreta do direito penal substantivo, havendo entre ambos uma autêntica relação de complementaridade funcional mútua⁸³, suas finalidades devem estar coordenadas. Do que se conclui que, se pretende coibir crimes futuros, não pode ter conduta semelhante a do criminoso. Antes, deve reafirmar a fé no Direito, assegurando que todas as garantias de defensivas sejam práticas e efetivas, de forma que a disputa judicial não se assemelhe a um massacre.

2.3.4 – Âmbito de aplicação.

Para além de determinar o conteúdo e fundamentos da garantia, outra indagação a ser respondida diz respeito a seu âmbito de aplicação. Voltando-se ao ordenamento jurídico português, verifica-se tratar de garantia fundamental que encerra um direito à prestação jurídica, é dizer: seu objeto é a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, a partir da emissão de regras procedimentais. Daí se nota que os direitos fundamentais desse jaez dependem essencialmente da legislação ordinária para ganhar pleno sentido⁸⁴.

Entretanto, em que pese a existência de um âmbito de proteção estritamente normativo, parece indene de dúvidas que, se por um lado dependem de concretização e conformação por parte do legislador, por outro eles devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele tenha livre disposição sobre a matéria. Um rompimento com a tradição legislativa, por exemplo, é sinal de que houve restrição o ao núcleo essencial desse direito⁸⁵. A esse respeito, ressalte-se que, desde pelo menos 1971, a assistência jurídica durante o interrogatório policial é tida como obrigatória, por força do acórdão de 30 de junho daquele ano proferido pelo STJ⁸⁶.

Em comentários a referida decisão, *Jorge de Figueiredo Dias* constatou um verdadeiro papel constitutivo/criador dessa jurisprudência, uma vez que reconheceu-se a existência da garantia mesmo sem que houvesse transformações legislativas. Muito mais do que uma mera aplicação das regras da legislação ordinária, o juízes deram execução efetiva

⁸³ DIAS, 2004: 28.

⁸⁴ MENDES; BRANCO, 2012: 194.

⁸⁵ MENDES; BRANCO, 2012: 293/294.

⁸⁶ Publicado no BMJ 208 (1971), p. 104 e seguintes.

a preceitos constitucionais relacionados com a inviolabilidade dos direitos de defesa⁸⁷. De fato, após reconhecer o núcleo essencial do direito de defesa como sendo constituído por três notas: direito de presença, direito de ser ouvido, direito de representação e assistência judiciária, concluiu-se não ser possível sonegar-se ao detido o direito de consultar-se com um advogado antes e durante seu interrogatório policial. A ausência de previsão legislativa não dispensava essa presença, uma vez que, sendo o direito de assistência jurídica nota essencial das garantias de defesa, o legislador ordinário não poderia retirá-lo sem que incidisse em uma inconstitucionalidade material⁸⁸.

O direito norte-americano, da mesma forma, fornece sólidos substratos para solução da controvérsia, a partir da *critical stage doctrine* desenvolvida a partir do julgamento proferido pela Suprema Corte em *Escobedo v. Illinois*⁸⁹. De acordo com a referida doutrina, nos estágios do processo em que há potencial impacto para o resultado do julgamento, não se pode impedir a presença do defensor, sendo sua nomeação obrigatória nas hipóteses de suspeitos indigentes, de modo a assegurar que o procedimento seja verdadeiramente adversarial⁹⁰. Ao julgar o caso, atentando-se ao fato de que inúmeras confissões tinham lugar no interrogatório policial da pessoa detida, em afetação direta do julgamento, considerou-se que o indivíduo, nesse estágio, está em perigo de, definitivamente, perder seus direitos sendo, portanto, crítico.

Muito embora o ordenamento jurídico português não tenha adotado um sistema acusatório puro como fez o estadunidense, o raciocínio desenvolvido pela jurisprudência daquele país é de ser aplicado sem reservas, uma vez que, como já afirmado, deve-ser buscar a maior paridade entre acusação-defesa. Assim, a despeito da ampla margem de conformação legislativa, ao menos nos momento críticos, tais como os atos em que o argüido venha prestar declarações, deve a lei necessariamente prever a intervenção⁹¹.

A matéria, entretanto, é regulada de forma diversa no ordenamento jurídico brasileiro, que não prevê a obrigatoriedade da presença do defensor no primeiro

⁸⁷ 1972: 162/163.

⁸⁸ DIAS, 1972: 197/199.

⁸⁹ Caso 378 U.S. 478 (1964). Um resumo sobre o caso pode ser encontrado em *The right to counsel during Police interrogation – Escobedo v. Illinois*, em Maryland Law Review, vol. 25, 1965, p. 165.

⁹⁰ METZGER, 2003: 1651/1652.

⁹¹ CANOTILHO / MOREIRA, 2007: 520. No mesmo sentido, o parecer do Bastonário da Ordem dos Advogados Pedro Pitta, para quem onde esteja o acusado prestando depoimento, aí deverá estar seu patrono. É a garantia de que quem o declara o faz em plena liberdade, insubmetido a manobras de ordem coercitiva, em ABRANCHES-FERRÃO; ZENHA, 1971: 55.

interrogatório do indivíduo, ocorrido no inquérito policial – procedimento administrativo preparatório, destinado a colheita de elementos de informação que darão sustentáculo a acusação deduzida pelo Ministério Público, levada a efeito pela polícia judiciária de modo inquisitivo⁹² - nos termos do art. 6º V do CPPb.

Argumenta-se que a Constituição apenas cria para as autoridades encarregadas da persecução penal o dever de informar ao preso sobre os direitos, à semelhança da doutrina norte-americana do *Miranda warning* (art. 5º LXIII da CF), de sorte que a assistência por profissional é faculdade do indiciado, não sendo exigível do Estado manter advogados e Defensores Públicos em Delegacias para assistir a tomada de depoimento desses.

A questão foi decidida por acórdão da Suprema Corte em que se destacou o caráter unilateral e inquisitivo do inquérito policial, incompatível com o exercício do contraditório e, portanto, dispensável a presença do defensor⁹³. Convém esclarecer que à época em que foi proferido o referido julgado, equivocadamente entendia-se que nem mesmo na realização do interrogatório judicial era indispensável a presença do defensor, já que a lei processual assim não dispunha. O reconhecimento da nulidade do ato dependia da prova do prejuízo⁹⁴.

É de se ter, entretanto, que desde 2003 a lei processual determina que o interrogatório judicial do acusado seja realizado na presença de seu defensor (art. 185), norma cuja aplicação poderia ter lugar na fase inquisitiva, por expressa disposição do art. 6º, V. Entretanto, não é essa a orientação da Suprema Corte, que reafirmou a jurisprudência anterior no sentido da dispensabilidade da assistência técnica na fase inquisitorial, pois “o ritual previsto no Código de Processo Penal não a contempla, sendo estranha o instituto do contraditório técnico. Com a apresentação daquele surpreendido (...) com a praticar crime, seguem-se a oitiva do condutor e o interrogatório, ocorrendo a advertência sobre direitos”. E prossegue: “Não cabe transportar para essa fase de documentação, simples documentação, o que estabelecido sob o ângulo da assistência técnica”⁹⁵.

⁹² TAVORA; ALENCAR, 2010: 85/87.

⁹³ Do acórdão, colhe-se: “A nova Constituição do Brasil não impõe a autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso <Recurso Extraordinário 136239, Relator: Min. Celso de Mello>.

⁹⁴ Habeas Corpus 67609, Relator: Min. Francisco Rezek.

⁹⁵ Habeas Corpus 102732, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 04/03/2010.

Desse modo, o âmbito de aplicação do direito à assistência técnica no Brasil é mais restrito do que aquele existente em Portugal, já que obrigatório apenas na fase jurisdicional. Entretanto, deve-se questionar o acerto das decisões que fixam essa tese interpretativa, notadamente em razão da *critical stage doctrine*, ao que se somam argumentos históricos de constante violência policial⁹⁶, herança não destruída com o fim da ditadura que dominou o país a partir da década de 1960.

A nosso juízo, afigura-se inequívoco que presença do defensor na fase policial inibiria essas graves violações de direitos humanos que diuturnamente ocorrem nas inúmeras Delegacias de Polícia do país, afinal o crime seria facilmente constatado pelo profissional que assistisse o indiciado, indo ao encontro das recomendações constantes do relatório da CNV já mencionado.

Ademais, convém esclarecer que não obstante a CADH obrigar a apresentação do preso sem demora à autoridade judicial ou quem lhe faça as vezes (art. 7, '5'), a legislação processual penal brasileira apenas determina que o auto circunstanciado documentando a prisão em flagrante seja remetido ao juiz, o qual, em vista dos elementos contidos naqueles documentos, determina a liberdade do indivíduo ou sua manutenção no cárcere (art. 310 do CPPb). Não prevê, desse modo, a realização de audiência de custódia, em violação do referido tratado⁹⁷. Tal fato contribui para perpetuação e impunidade dos crimes de tortura eventualmente praticados, considerando que o contato das autoridades judiciárias com o réu apenas se dará no momento do interrogatório, último ato da audiência de instrução e julgamento (art 400 do CPPb), quando provavelmente desapareceram os vestígios daquele crime.

Por outro lado, a presença do defensor durante a realização das investigações criminais assegura maior profundidade na pesquisa de circunstâncias favoráveis ao acusado, uma vez que este pode se valer do auxílio dos órgãos de polícia judiciária para produção de provas que, sem o poder de império estatal, restariam impossíveis. Ademais, essa intervenção descondiciona o sentido das investigações, normalmente apontadas para a direção acusatória, permitindo o conhecimento antecipado de questões de fatos e de direito

⁹⁶ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2013: 151. E também, COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014: 968.

⁹⁷ Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Tibi v. Equador, conforme parágrafo 118 do acórdão: “El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente”.

convenientes à defesa, necessariamente abordadas pelo Ministério Público ao deduzir a acusação⁹⁸.

Todos esses argumentos apontam num sentido: é preciso rever a jurisprudência brasileira acerca do âmbito de aplicação da garantia, no sentido de, ao menos, reputar obrigatória a presença do defensor no primeiro interrogatório do acusado pobre.

Ademais, para além do termo inicial de aplicação da garantia, cumpre indagar se o direito à assistência jurídica se estende à fase de execução das penas, é dizer: uma vez assentada a responsabilidade jurídico-penal do indivíduo através de um processo penal, segue ele com o direito de ter um profissional a seu lado, exercendo sua defesa durante o período em que lhe é imposta a pena?

A resposta a essa indagação não é de todo simples, mormente se lembrarmos que o art. 32 da CRP dispõe sobre as *garantias de processo criminal*, relevando em seu objeto, portanto, o comportamento humano e não sua consequência jurídica⁹⁹, de sorte que uma interpretação literal poderia reconhecer sua aplicabilidade apenas na fase de determinação da culpa e sanção, excluindo-as do processo de execução. Entretanto, a nosso juízo a análise da questão não deve ser realizada a partir da literalidade da norma constitucional, mas sim pela indagação sobre se eventual autonomia do direito penal executivo justifica um tratamento distinto da matéria.

Para os que negam a existência dessa autonomia, pontuando que sua distinção é de caráter formal ou metodológico - Direito Penal (material), Processual Penal, e Penitenciário estão intrinsecamente interligados: a pena para o primeiro é um conceito definitório, ao passo que para o último é uma realidade¹⁰⁰ - parece inexistir dúvidas de que as garantias do processo penal aplicam-se, sem ressalvas, à execução.

Julgamos, entretanto, que a regulamentação do poder punitivo estatal, de que é expressão o Direito Penal (locução adotada em sentido amplo), repousa em três pilares. Um deles regula os pressupostos da punibilidade e aplicabilidade das medidas de segurança em geral: o Direito penal material. Outro representa o conjunto de disposições que são necessárias para imposição da sanção penal, reunindo normas relativas a organização

⁹⁸ OLIVEIRA, 2008: 19/21.

⁹⁹ A esse respeito, Figueiredo Dias expõe que a escolha do termo *Direito Penal* para designação do ramo jurídico em lugar de *Direito Criminal* se dá em razão de estar ele perspectivado a partir da consequência jurídica específica que nele tem lugar, arrematando que o direito penal e sua ciência se orientam para o resultado <2012a: 03/05>.

¹⁰⁰ FERREIRA, 2010: 35.

judiciária e procedimentais (como se investigam, perseguem, tramitam e julgam os delitos): o Direito processual penal. Por fim, um terceiro pilar abarca as regras relacionadas a introdução e cumprimento das medidas de força adotadas para um caso concreto: o Direito de execução das penas ou penitenciário¹⁰¹.

Com efeito, não obstante fazerem esses ramos do direito parte da ciência global do direito penal, onde são regulamentados todos os campos da justiça penal e que fazem de fato, autor e persecução penal objeto de esforços legislativos e científicos¹⁰², cada qual guarda suas especificidades, de sorte que sua distinção não é meramente metodológica, mas sim hermenêutica e axiológica.

O protagonismo da Administração penitenciária na condução da execução penal, por exemplo, justifica o tratamento autônomo de suas normas, de sorte a ser inspirado por princípios próprios. A afirmação de sua autonomia, entretanto, não deve ser exagerada, afinal todos fazem parte das “ciências penais”, além de serem instrumentos de política criminal, em que converge um espaço comum. Adequado, portanto, falar-se em autonomia integradora¹⁰³. Com efeito, o direito penitenciário é prolongamento necessário dos outros dois ramos: a lei comina a sanção criminal, o juiz aplica-a, seguindo-se sua execução. Desse modo, o direito penitenciário se vinculará aos princípios gerais de direito e processo penal e, simultaneamente, densificará princípios que lhe são próprios, como o da socialização¹⁰⁴.

Com efeito, como o drama judiciário do indivíduo perdura para além do momento da prolação da sentença, de nada adiantaria um processo penal garantístico e evoluído se fosse ignorada a dimensão garantística na fase penitenciária¹⁰⁵. Entretanto, rejeitam-se soluções que pretendam a aplicação automática de todas as garantias do art. 32 da CRP ao processo de execução. Apenas aquelas que correspondam aos princípios gerais de direito processual e que não neguem a especificidade do processo executivo é que o farão. A existência de um título: a sentença condenatória transitada em julgado, impede, por exemplo, a aplicação do princípio da presunção de inocência, afinal já se afirmou definitivamente a responsabilidade criminal do indivíduo¹⁰⁶.

¹⁰¹ JESCHECK; WEIGEND, 2002: 18/19.

¹⁰² ROXIN, 1997: 44.

¹⁰³ SUMALLA; GRAU; ALBERO, 1996: 21/23.

¹⁰⁴ RODRIGUES, 1999: 17/18.

¹⁰⁵ RODRIGUES, 2002: 8.

¹⁰⁶ BEIRAS, 1997: 242/244.

Entretanto, convém esclarecer desde logo que não é essa a atual orientação do TC. Em recente decisão aquela Corte entendeu serem inaplicáveis as garantias do processo criminal ao processo executivo. Argumentou-se que este procedimento não tem natureza sancionatória, uma vez que ali não é deduzida qualquer acusação, pressuposto para aplicação do art. 32 da CRP. Nessa ordem de ideias, concluiu que discussão a respeito dos requisitos procedimentais a serem observados no processo executivo deve girar em torno da aplicação da cláusula geral de equitatividade, prevista no art. 20, n. 4¹⁰⁷. Será essa a melhor interpretação da norma constitucional? Não tem as garantias do processo penal também razão de ser no acautelamento do direito à liberdade ambulatorial?

O escopo e objetivo limitado deste trabalho impede que avancemos na análise detalhada sobre se e quais garantias do processo criminal se estendem ao processo executivo, de sorte que, assentada a premissa da autonomia integradora, volveremo-nos à assistência jurídica. Como antes afirmado, a referida garantia é instrumental: objetiva assegurar o desfrute dos demais direitos. Prende-se com a complexidade do ordenamento jurídico e a dificuldade experimentada por leigos em exercitar as faculdades que lhe são concedidas, sobretudo quando são confrontadas a partir da acusação formulada por um técnico, o Ministério Público.

No processo executivo, muito embora não se possa verificar a existência de uma autêntica acusação – o que se tem é a medida de força já aplicada pelo poder judiciário ao reconhecer a existência do fato delituoso – continuam a “digladiar-se” o indivíduo, pretendendo alcançar a liberdade, e o Estado, apresentado pela Administração Penitenciária e Ministério Público, agora objetivando inflingir a sanção ao condenado, esse último com atuação orientada por princípios de legalidade e objetividade.

Fosse a sanção estática, é dizer: imutável, a assertiva seria completamente equivocada. O condenado deveria cumprir o tempo total de privação de liberdade que lhe foi imposto. Conflito algum poderia daí surgir. Entretanto, uma vez reconhecida a finalidade de socialização da pena de prisão, o isolamento completo do apenado mostrou-se contrário a

¹⁰⁷ Acórdão 752/2014, Relator: Cons. Lino Rodrigues Ribeiro. Discutia-se se a impossibilidade de interposição, pelo apenado, de recurso contra as decisões relacionadas a não concessão de licenças de saída (art. 196, n. 2 do CEP) importava em violação da garantia do art. 32, n. 1, tendo a conclusão sido negativa. E também o acórdão 150/2013, Relator: Cons. Jose da Cunha Barbosa. Discutia-se a compatibilidade do art. 179, n. 2 do CEP com a Constituição, na medida em que impossibilita ao arguido de recorrer das decisões que negassem às adaptações à liberdade condicional (art. 188 do CEP). A resposta foi negativa ao argumento de que não se estava diante de um processo criminal, razão pela qual não aplicava-se a norma do art. 32, n. 1.

esse fim. Desse modo, a execução da pena de prisão torna-se dinâmica, com o aparecimento de institutos de preparação do condenado para o retorno ao convívio social em meio aberto, a exemplo da progressão de regime, liberdade condicional, licenças de saída¹⁰⁸.

Se inicialmente esses institutos eram tidos como mero instrumentos de graça do poder estatal, num cenário em que o condenado à pena de prisão era objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não direito, posteriormente reconheceu-se ser ele titular de posições jurídicas. Com efeito, a finalidade de socialização apenas pode ser atingida se o condenado sentir-se parte da sociedade, sujeito dos direitos não afetados pela condenação ou suas exigências¹⁰⁹.

A partir desse momento, ainda que não se possa falar em direito subjetivo à liberação condicional antecipada ou à licenças de saída, sua concessão é poder-dever das autoridades, uma vez preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos para tal¹¹⁰. Nesse processo decisório há nítido conflito entre a liberdade individual e o direito de punir, de sorte que as garantias de defesa devem ter inteira aplicação, permitindo que o sujeito reaja a eventual pretensão contrária a sua liberação antecipada, ainda que provisória e por pequeno período.

Com efeito, nesse ponto as decisões das autoridades executivas muito se assemelham às determinações do juiz criminal: resolvem quando o apenado deve ser libertado. A distinção diz respeito apenas ao momento deliberativo: o juiz criminal decide *a priori* sobre o termo total máximo de aprisionamento; as autoridades executivas resolvem sobre o termo de sentença que deverá ser efetivamente cumprido¹¹¹.

Some-se a isso que os requisitos legalmente previstos para desfrute desses institutos de liberação antecipada tem conteúdo indeterminado (defesa da ordem e paz social – art. 78, n. 1, ‘b’ do CEP; art 61, n. 2, ‘b’ do CP), além de envolverem juízos de prognose quanto à

¹⁰⁸ A esse respeito, convém observar que, inicialmente, o ordenamento jurídico português, por lei de 01 de julho de 1867, consagrou um sistema prisional próximo ao modelo de *Filadelfia*, em que se atribuía ao isolamento completo papel fundamental na regeneração dos presos, de sorte que este apenas deixava sua cela para comparecimento à escola ou atos de culto e, mesmo aí, continuava isolado através da utilização de mecanismos que impediam a visualização recíproca. Entretanto, em 1913, em razão dos inconvenientes do isolamento contínuo, abre-se espaço para concepções mais modernas de direito penitenciário, substituindo-se aquele pelo trabalho diurno em silêncio seguido do isolamento noturno (sistema *Auburn*). Por sua vez, em 1927, através do Decreto 12.549, essas concepções modernas ganham mais força, de sorte que o regime de isolamento é substituído pelo sistema *irlandês*, em que em que a pena privativa de liberdade é executada progressivamente por período, com vistas a preparar o apenado para a vida em liberdade <CORREIA; RODRIGUES; COSTA, 1980: 80/82>.

¹⁰⁹ RODRIGUES, 2002: 65/66.

¹¹⁰ DIAS, 2013: 854.

¹¹¹ KADISH, 1960: 12.

adoção de comportamento responsável (art. 78, n. 1, ‘a’ do CEP; art. 62, n.2, ‘a’ do CP), concedendo razoável margem discricionária aos órgãos decisórios, de sorte que a participação efetiva do indivíduo na construção dessa decisão deve ser nota essencial, o que apenas pode ser atingido caso tenha ele a seu lado um defensor.

Relembre-se que a criação de tribunais de execução de penas em Portugal – Lei 2000/44 regulamentada pelo Decreto 34.540 - se deu justamente em razão da necessidade de especialização dos operadores jurídicos, diante da dificuldade das questões suscitadas na aplicação do direito penitenciário, o que não podia exigir-se ou esperar-se dos juízes criminais¹¹². Ora, se esses conhecimentos não são exigíveis da generalidade dos profissionais do direito, quiçá do apenado.

A legislação ordinária portuguesa, entretanto, regulamentou a maneira de forma diversa. A intervenção obrigatória do defensor apenas tem lugar nos processos judiciais quando estejam em causa questões de direito (art. 147, n. 2 do CEP). De acordo com a proposta legislativa 252/X, “o alargamento e reforço das competências do Ministério Público, na sua dupla vertente de defensor dos direitos do recluso e da legalidade democrática (...) acautelam, equilibrada e suficientemente, a posição jurídica do recluso”¹¹³.

Julgamos, entretanto, que inexistente – para efeitos de concessão da assistência jurídica – distinção entre a posição jurídica do apenado e do acusado da prática de um crime, de sorte que os tratamentos deveriam ser idênticos: em favor de ambos deveria haver um sujeito processual avultando ao processo todas as considerações favoráveis à liberdade do indivíduo.

Com efeito, não obstante os membros do Ministério Público orientarem sua atuação funcional por critérios de legalidade e objetividade (art. 2, n. 2 da Lei 47/86), a atribuição de competências em tese antagônicas ao direito de liberdade (participação na execução da política criminal – art 1; dirigir a atividade de investigação criminal, promover e realizar ações de prevenção criminal – art. 3, n. ‘h’ e ‘i’) dificulta o exercício, pela mesma pessoa, de qualquer tarefa defensiva, afinal esta será sempre condicionada por pré-concepções decorrentes das competências persecutórias que lhe são afetas.

¹¹² BELEZA DOS SANTOS: 1953, 41/43.

¹¹³ Sua íntegra pode ser obtida através da hiperligação <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=15696>, acesso em 25 de abril de 2015.

Ademais, convém observar que o recluso deve ser tratado como sujeito de direitos, muito embora possua um estatuto jurídico próprio. Seu regime é necessariamente restritivo em razão da sanção criminal imposta (art. 30, n. 5 da CRP). Entretanto, muito embora admitam-se compressões mais intensas de direitos fundamentais, essas deverão ter lugar em razão de exigências de ordem e segurança, além de observar o regime do art. 18 da CRP¹¹⁴.

Nessa ordem de idéias, o tratamento distinto conferido a acusados e apenados, restritivo em relação ao último, não goza de qualquer fundamento constitucionalmente adequado. Com efeito, não é possível imaginar a assistência jurídica como passível de subverter a ordem e disciplina do estabelecimento penitenciário.

Em verdade, a situação de privação de liberdade e a natural dificuldade de contato com o mundo exterior, dificulta o exercício pessoal de direitos e faculdades jurídicas, de sorte que o tratamento do apenado deveria ser mais favorável no tocante à concessão de assistência jurídica. De fato, um indivíduo em liberdade poderá, em tese, consultar manuais jurídicos, aceder a rede mundial de computadores a todo tempo, estudando seu caso e, talvez, apresentar por meios próprios uma defesa adequada. O recluso, por sua vez, em razão da situação de privação de liberdade que experimenta, não goza dessas oportunidades. A proteção deveria, portanto, ser mais intensa.

Ademais, o sentido socializador da execução das penas, decorrente do princípio do Estado de direito social (art. 1º, 2º, 9º, ‘d’ da CRP), e não de mera aspiração da doutrina penal¹¹⁵, deve auxiliar na solução da questão. Dele decorre um objetivo do processo executivo: evitar a dessocialização do recluso, sintetizado na expressão *nihil nocere* (combate as consequências nocivas da privação de liberdade). Com efeito, constata-se que a inserção do indivíduo numa instituição total acaba por provocar sua infantilização, e o aprendizado de uma subcultura prisional, com prejuízos para o desenvolvimento de seu senso de responsabilidade¹¹⁶.

Desse modo, em ordem a atingir esse objetivo, deve ser permitido ao recluso participar na execução da sanção, com a atribuição de tarefas de condução da própria vida no estabelecimento prisional, à exceção, por óbvio, de poderes de império (disciplinares). A referida participação, a nosso juízo, não deve se restringir a atividades materiais, mas também contemplar sua intervenção no processo de execução das penas, afinal ali são decididas

¹¹⁴ RODRIGUES, 1999: 81/83.

¹¹⁵ RODRIGUES, 2002: 53.

¹¹⁶ RODRIGUES, 2002: 46/47.

questões fundamentais a respeito de seu destino. E uma intervenção eficaz apenas ocorre quando a seu lado, e em seu exclusivo interesse, haja um profissional.

Outrossim, a discussão também deve ter em conta o disposto no art. 208 da CRP. Com efeito, se o patrocínio forense é essencial à administração da justiça, como admitir a existência válida de um processo sem a presença de advogado, notadamente quando seu objeto for a liberdade individual?

A norma do art. 147, n. 2 do CEP, portanto, não acautela adequadamente os interesses do apenado, em violação de seu direito de defesa, de que a garantia de assistência jurídica é pressuposto, discriminando-o em relação ao acusado, sem qualquer fundamento constitucionalmente adequado.

No tocante aos processos administrativos disciplinares, igualmente julgamos que a disciplina da garantia não é conforme a CRP. Segundo a regulamentação atual do tema, podem os procedimentos disciplinares ter lugar sem a presença de advogado, não obstante seja facultado ao apenado o direito de ser assistido por um profissional, cabendo a ele assegurar sua presença (art. 166, n. 3 e 4 do RGEP). É bem verdade que se lhe assegura o direito ser ouvido e indicar provas (art. 166, n. 1). Será o bastante para assegurar sua posição jurídica? A resposta não é de todo simples.

A nosso juízo a solução deverá ter em conta dois aspectos: o disposto no art. 32, n. 10 da CRP em conexão com as consequências que podem advir do processo sancionatório (natureza das medidas disciplinares); e também o disposto no art. 30, n. 5 da CRP, a partir da comparação do regime com aquele previsto para o processo e julgamento de contra-ordenações.

No tocante ao primeiro aspecto, verifica-se que as sanções disciplinares podem importar na permanência obrigatória no alojamento por até 30 dias, o que implica na restrição das atividades a céu aberto (art. 105, n. 1 'f' c/c art. 107 do CEP), além de internamento em cela disciplinar por até 21 dias, em que permanece isolado do restante da população prisional, privado de atividades e comunicações com exterior, à exceção de contatos com o advogado e assistente religioso, bem como o acesso a jornais e revistas (art. 105, n. 1, 'g', c/c art. 108 do CEP). Por outro lado, a avaliação da existência de sanções disciplinares é relevante para o gozo de institutos de liberação antecipada, que levam em conta a evolução da execução da pena (art. 78, n. 2 'a' do CEP e art. 61, n. 2, 'a' do CP).

Desse modo, verifica-se que a aplicação das sanções disciplinares tem consequência direta na liberdade do recluso, de sorte que as garantias de defesa devem ser reforçadas através da concessão da assistência jurídica. Nesse sentido, a Recomendação (2006) 2 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa assegura ao prisioneiro acusado de transgressão disciplinar o direito à assistência jurídica quando os interesses da justiça assim recomendarem (art. 59, 'c').

Aliás, o cotejo da legislação nacional e internacional no ponto revelam graves incongruências. Com efeito, percebe-se uma tendência garantística da legislação portuguesa em matéria procedimental criminal, é dizer: concede mais direitos ao acusado do que aqueles previstos em tratados, notadamente no tocante à assistência jurídica. Entretanto, analisando as disposições de direito penitenciário, percebe-se que essa mesma tendência se inverte, havendo hipóteses em que as regras relacionadas ao processo disciplinar parecem não obedecer os padrões mínimos do art. 6º da CEDH.

A esse respeito, convém lembrar que o TEDH aplica as garantias do processo criminal a outros procedimentos em razão do propósito, natureza ou severidade da penalidade. Importa, além da qualificação jurídica da questão pelo direito nacional, o objeto em discussão¹¹⁷. Havendo possibilidade de afetação sensível ao direito de liberdade, como haverá de ocorrer nas discussões a respeito da imposição de sanções disciplinares, uma vez que o bom comportamento prisional é condição *sine qua non* para concessão da liberdade condicional¹¹⁸, deverão ter lugar as garantias processuais do art. 6º, do que não se exclui a assistência jurídica gratuita¹¹⁹.

No tocante ao segundo aspecto, verificamos que, ao regulamentar o processo de julgamento das contra-ordenações, o legislador português previu que a intervenção do defensor seria obrigatória nos casos em que os interesses da justiça recomendassem, cabendo a autoridade responsável pelo julgamento a nomeação de advogado, nos termos previstos na legislação de apoio judiciário, oficiosamente ou a requerimento do interessado (art. 53, n. 2 do DL 433/80).

No ponto, é preciso relembrar que a cisão material entre direito penal e contra-ordenacional, a justificar o tratamento substancialmente distinto entre os referidos sistemas,

¹¹⁷ Conforme caso Campbell e Fell v. Reino Unido, parágrafos 67/73 do acórdão.

¹¹⁸ DIAS, 2013: 538.

¹¹⁹ Conforme caso Ezeh e Connors v. Reino Unido, parágrafo 134. Discutia-se a aplicação da garantia de assistência jurídica gratuita a procedimentos prisionais disciplinares, que podiam importar no retardamento da liberação dos apenados.

se baseia na natureza materialmente distinta das sanções que cada um deles é constitucionalmente autorizado a prever. Assim, é a consequência não privativa da liberdade para infrações do direito contra-ordenacional que tornará socialmente admissível e constitucionalmente adequado, por exemplo, a acentuada diminuição das garantias de defesa envolvidas na administrativização do processo¹²⁰.

Entretanto, não obstante a natureza não privativa da liberdade de suas sanções, em que o risco de decisões equivocadas é tolerável em maior extensão, verifica-se que a disciplina da garantia de assistência jurídica no regime contra-ordenacional é mais abrangente/protetivo do que aquele previsto para os procedimentos administrativos disciplinares penitenciários. É dizer: ao apenado foram asseguradas menos garantias, mesmo quando em discussão valores axiologicamente mais relevantes: a propriedade nos primeiros, a liberdade nos segundos.

Nessa ordem de ideias, e à míngua de qualquer fundamento constitucional adequado para regulamentação diversa da garantia da assistência jurídica (art. 30, n. 5 da CRP) – se fundamento existisse era no sentido da ampliação das garantias ao procedimento penitenciário – também deve ser recusada aplicação ao art. 166, n. 2 do RGEP, em razão da sua inconstitucionalidade, aplicando-se subsidiariamente as regras do art. 53 do DL 433/80, como aliás decorre da própria jurisprudência do TEDH antes citada.

Por sua vez, no ordenamento jurídico brasileiro parece inegável extensão da garantia ao direito penitenciário. No ponto, como já observado, diversamente do ordenamento jurídico português, não há previsão expressa da atuação obrigatória de advogados em processos penais, muito embora essa exigência decorra do disposto nos arts. 5º, LIV (cláusula do devido processo legal), LV (cláusula do contraditório e ampla defesa) e LXIII (direito do preso à informação), c/c art. 133 (advogado como sujeito constitucional), conforme ADI 3168 já mencionada.

A partir dessas mesmas normas, também se extrai que a participação de advogado no processo de execução é indispensável, ao fundamento de que nele está em jogo a liberdade de ir e vir do condenado, razão pela qual deve ser amplamente observado o princípio do contraditório, com a presença do profissional, inclusive nos procedimentos administrativos

¹²⁰ BRANDÃO, 2013: 765.

sancionatórios instaurados contra o condenado, muito embora a LEP apenas refira-se a garantia do direito de defesa (art. 59)¹²¹.

Convém esclarecer que a jurisprudência do STF sempre foi restritiva em assentar indispensabilidade do advogado em procedimentos sancionatórios, tendo, inclusive, editado súmula vinculante a respeito do tema: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”¹²².

Entretanto, como as decisões das autoridades administrativas, ao classificarem o comportamento dos apenados ou lhe imputarem faltas, podem virtual e concretamente limitar o direito à liberdade, uma vez que tais atos terão reflexos na obtenção dos benefícios previstos na LEP (progressão de regime, saída temporária, livramento condicional, etc – arts. 118, I; 125, ambos da LEP; art. 83, I do CPb), podendo importar na perda de dias remidos pelo trabalho (art. 125 da LEP), impõe-se assegurar o direito à assistência técnica. Não é, portanto, a predominante natureza jurisdicional da execução penal que atrai a aplicação dos direitos e garantias constitucionais¹²³, mas sim a natureza do direito em questão: a liberdade individual.

Nessa ordem de idéias, não fosse a disciplina constitucional ímplicita do tema, a LEP prevê que o preso terá direito à assistência jurídica (art. 11), além de atribuir à Defensoria Pública a atribuição de velar pela regular execução da pena e medida de segurança em defesa dos necessitados (art. 81-A). A essas disposições se somam aquelas da LC 80 que prevêem o direito do preso entrevistar-se com o Defensor Público (art. 4, § 11), bem como a função de garantir aos indivíduos privados da liberdade o exercício pleno de suas garantias (art. 4º, XVII).

2.3.5 Requisitos: as bases em que o direito à defesa técnica deve ser exercido.

¹²¹ Recurso Extraordinário 398.269, Relator: Min. Gilmar Mendes. A mesma orientação foi repetida no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 104.584, Relator: Min. Gilmar Mendes. Reconhecendo a nulidade sem, entretanto, pronunciá-la em razão da sua convalidação pela oitiva judicial do apenado na presença do defensor sobre os fatos apurados no processo administrativo disciplinar: Habeas Corpus 109536, Relator: Min. Carmen Lucia.

¹²² Súmula Vinculante n. 5, publicada no Diário Oficial da União de 16/05/2008, p. 1.

¹²³ MARCÃO, 2012: 5.

Demonstrada a importância da presença do defensor¹²⁴, mister que analisemos as bases em que o direito à defesa técnica será exercido, de modo a permitir que advogados desempenhem com eficiência sua missão de colaboração autônoma na função de defesa, é dizer: fazer alvultar no processo tudo quanto seja exclusivamente favorável à posição jurídica do arguido. Nessa toada, parece-nos que o profissional deve gozar da mais ampla liberdade para desempenhar suas atribuições – inclusive em relação ao réu – de quem não é representante processual, podendo agir contra sua vontade, muito embora nunca contra seus interesses¹²⁵.

Como tivemos a oportunidade de explanar, o direito à defesa é encarado a partir de dois vieses: um subjetivo (faculdades concedidas ao acusado) e outro objetivo (requisito de validade do procedimento). Daí decorre que o defensor – garante dessa garantia – tem sua atuação presidida por dois interesses, um papel anfíbio que flutua entre o interesse público e privado, é dizer: tanto dirigido à fidelidade para com o cliente¹²⁶, como dedicado a preservar o normal funcionamento da máquina judiciária¹²⁷. Os defensores exercem, portanto, papel essencial na administração da justiça, auxiliando a manutenção da confiança pública no Poder Judiciário, a medida que sua presença tende a assegurar a boa aplicação das leis¹²⁸.

Para tanto, indispensável que tenha autonomia técnica perante quaisquer tipos de poder e até mesmo seu constituinte, a quem só deve fidelidade, dependendo exclusivamente de si para orientar e dirigir o processo, tomando suas decisões com base na lei, jurisprudência, e sua consciência, desprovido de qualquer intuito de agradar o cliente, colegas, tribunal, mas tão só no fim de agir em benefício de quem o constituiu¹²⁹.

No ponto, julgamos que uma referência merece destaque: apesar de independente, o advogado é figura necessariamente parcial, já que toda sua atuação se desenvolve a

¹²⁴ A partir desse momento, quando se fizer referência à figura do defensor estar-se-á falando do profissional advogado ou Defensor Público, já que essa tarefa lhe é exclusiva.

¹²⁵ DIAS, 1995: 11. Contra, Jose António Barreiros <1997: 266>, para quem o estatuto do defensor assenta-se tanto na representação, como na assistência (auxiliar técnico provido de meios de ação destinados ao assessoramento do réu em suas intervenções processuais), muito embora reconheça que prevaleça o primeiro, sem prejuízo de sua autonomia técnica. Sem razão, a nosso ver, uma vez que o sistema de representação não dá conta das hipóteses de defensor nomeado, nem mesmo a tese de aceitação tácita, uma vez que o defensor pode ser nomeado contra a vontade do arguido.

¹²⁶ Usaremos a citada expressão com sentido abrangente, é dizer, sem descurar que muitas vezes a atuação profissional se dá em benefício de indivíduos que não sejam seus clientes, em razão de formas de intervenção (defesa oficiosa e patrocínio decorrente do esquema de apoio judiciário) que não pressupõem a formação de vínculo contratual.

¹²⁷ GIANARIA; MITTONE, 2011: 64.

¹²⁸ TRAEST; GOMBEE, 2006: 122.

¹²⁹ ARNAUT, 2011: 51/52.

benefício do constituído. Não é, portanto, um *amicus curiae*, mas também não é mero executor de ordens do argüido. Delinear seus poderes de atuação diante desses dois vetores é das tarefas mais difíceis, já que se deve assegurar tanto a independência do profissional, concedendo-lhe flexibilidade a este para decidir sobre as táticas, como a autonomia do réu, quem sofrerá as consequências da atuação daquela.

A legislação portuguesa resolveu a questão de maneira salomônica: permitiu que o argüido retirasse eficácia do ato realizado em seu nome, desde que o fizesse por declaração expressa e antes da produção de efeitos do ato que se quer revogar (art. 63 do CPP). Julgamos, entretanto, que uma interpretação corretiva dessa regra deve ser realizada: tratando-se de ato de renúncia a direitos de primeira magnitude, tais como o direito à prestar declarações e a recorrer, deve haver prévio consentimento do argüido, mormente nos casos em que este não participa do processo de escolha do advogado, de modo a que o profissional não se torne um instrumento de denegação de um julgamento justo¹³⁰.

Assim, em relação aos fins, desde que legalmente viáveis, opta/decide o cliente, tanto que pode retirar eficácia dos atos praticados pelo defensor, ao passo que em relação aos meios manifesta-se toda a pujança do advogado, obrigado a elegê-los de harmonia com seu saber e consciência¹³¹.

No Brasil inexistente previsão semelhante, predominando uma cultura paternalista sobre o tema. Com efeito, parte-se do pressuposto que o advogado, por ter domínio da técnica, está em melhores condições de avaliar a situação processual, tomando, autonomamente, as decisões mais adequadas em benefício daquele. Acrescenta-se, por outro lado, que o réu não pode renunciar à defesa técnica porque esta não é estabelecida exclusivamente em seu interesse, mas também no da comunidade jurídica¹³².

Entretanto, essa ampla discricionariedade do advogado é mitigada, especialmente nos atos de renúncia praticados pelo profissional, quando também era dado ao acusado fazê-lo, a exemplo da interposição de recursos (art. 577 do CPPb). Nessas hipóteses prevalece a decisão mais benéfica: aquela que opta pela vontade de recorrer, provenha de quem quer que

¹³⁰ ZELNICK, 2003: 394/395.

¹³¹ A experiência estadunidense é rica no ponto. Ao julgar o caso Jones v. Barnes, decidiu que não havia violação a cláusula do devido processo legal quando o defensor não argüia em sede de apelação todas as questões que seu cliente desejava fazê-lo. Sua autonomia técnica permitia que escolhesse as teses e elementos que abordaria no recurso, até em razão de limitação de tempo, por exemplo, para expor inúmeros pontos, sendo considerada tática processual centrar-se em determinado argumento que avaliasse mais procedente. Uma crítica sobre esse julgado pode ser obtida em GROSS D, 1983: 1353/1371.

¹³² SCHMIDT DE OLIVEIRA, 1996: 8.

seja – acusado ou defensor - uma vez que com ela a liberdade ambulatorial é preservada em maior extensão¹³³.

Se parcialidade e independência são características da atuação profissional do defensor, deve ele assumir uma posição simultânea de aproximação e afastamento das partes, de modo que ao mesmo tempo possa garantir a fidelidade daquilo que transmite, sentindo a justeza da causa que patrocina, bem como distanciar-se das emoções que possam alterar-lhe a serenidade e dificultar o julgamento jurídico que deve realizar sobre a questão¹³⁴.

Note-se, ademais, que o distanciamento do advogado em relação ao defendido permite não ser sua atuação confundida com o ato criminoso, por vezes repugnante à consciência social e a sua própria. Nessa ordem de idéias, a independência que deve guiar a relação defensor/defendido permite que atue em causas que pessoalmente julgue eticamente reprováveis, afinal importa garantir o devido processo legal a todos. Não fosse assim, seria criada a figura do advogado moralista e, conseqüentemente, uma oligarquia em que os valores morais da classe de advogados impor-se-iam aos demais¹³⁵.

Preocupando-se em assegurar a independência do defensor, o EOA dispõe sobre o tema em diversas oportunidades, notadamente nos arts. 76 e 84. A independência é requisito tão acentuado para o exercício da profissão que sua existência não pode ser posta em causa em razão de subordinação do advogado com terceiro, como poderia suceder na figura do advogado-empregado (art. 76, n. 3). No mesmo sentido anda a legislação brasileira, vide arts. 18 e 31, § 1º do EOAb.

Ainda sobre o tema, ao apresentar suas conclusões no caso *Wouters*, em que se discutia se a decisão de corporação profissional de advogados corresponderia a decisão de associação de empresas para efeito do art. 85, 1º <atual art. 101,1 do Tratado de Lisboa>, o advogado-geral Léger pontua que a independência exige que o advogado possa exercer suas atividades no interesse exclusivo do seu cliente, de sorte que não pode ser influenciado por outros operadores. Entretanto, a mesma independência manifesta-se em relação àquele, de quem não pode ser empregado, mero cumpridor de ordens. Ao final arremata: “a independência constituiu uma garantia essencial para o cidadão e para o poder judicial, de

¹³³ Conforme decisão no Habeas Corpus 162.071, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 01/03/2012.

¹³⁴ LAUREANO, 2003: 78/79.

¹³⁵ ALEXANDER SMITH, 2012: 18.

modo que o advogado tem o dever de não se envolver em negócios ou colaborações que envolvam o risco de a comprometer”¹³⁶.

Essa última preocupação busca ser garantida pela instituição de determinadas incapacidades (art. 181 do EOA), incompatibilidades e impedimentos (art. 76 do EOA), vedando-se o exercício da advocacia em hipóteses que, a partir de um olhar externo, revelem uma dependência do indivíduo que a pretende exercer. Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 2.5.1 do CDAUE¹³⁷. De igual forma, a legislação brasileira estabelece incompatibilidades – interdição completa a exercício da advocacia (art. 28 do EOAb), e impedimentos – vedações parciais (art. 30 do EOAb).

Não é nosso objetivo analisar as hipóteses de restrição, mas apenas expor o cuidado legislativo em manter a independência do advogado, interditando o acesso à profissão a determinadas pessoas. Entretanto, uma delas merecerá nossa análise: a impossibilidade de o advogado-arguido atuar em causa própria. Muito embora não haja previsão expressa, inúmeras são as decisões da OA nesse sentido, em interpretação dos artigos 141, n. 6, 326, 352 e 360 do CPP¹³⁸. Em abono à citada proibição, *Jose Antonio Barreiros* afirma que, muito embora o arguido-advogado tenha domínio de matérias jurídicas a que, por definição, os leigos são alheios, encontra-se ele numa situação de inferioridade frente à acusação pois lhe faltará serenidade e distanciamento necessários para realização de uma boa defesa¹³⁹.

Parece-nos que o referido entendimento é equivocado, uma vez que instrumentaliza o arguido, olvidando-se que o mesmo goza do direito de eleger seu defensor (art. 32, n. 3 da CRP e 6, § 3º, ‘c’ da CEDH), nada obstaculizando que a escolha recaia sobre si, afinal

¹³⁶ Conforme parágrafo 181 de suas conclusões, apresentaads em 10 de julho de 2001, no processo C-309/99.

¹³⁷ “Para permitir ao advogado exercer a sua função com a independência necessária e em conformidade com o seu dever de colaborar na administração da justiça, o exercício de certas profissões ou funções pode ser declarado incompatível com a profissão de advogado”.

¹³⁸ Parecer 13/PP/2012-G, Relator: Conselheiro Pires de Almeida, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, volume I, Lisboa: Ordem dos Advogados, 2013, pp. 402/405. No mesmo sentido o acórdão 578/2001 do Tribunal Constitucional, Relator: Cons. Bravo Serra, em apertada maioria, entretanto, havendo dois votos vencidos. E também o acórdão da Relação do Porto, processo 1997/08.8TAVCD-A.P1: “No processo penal, o arguido que é advogado não se pode auto-representar na prática de actos que a lei reserva ao defensor [art. 64.º, n.º 1, do CPP]. Esta solução legal é conforme à CRP e não afronta as disposições constantes de instrumentos internacionais sobre a matéria, designadamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos”. E também a Relação de Lisboa, processo 4498/2006 : “III. 'Num processo de estrutura acusatória, os poderes que por lei são atribuídos ao defensor não são em muitas vezes conciliáveis com a sua posição do arguido, v. g., os arts. 141.º n.º 6, 326.º e sobretudo o art. 352.º- Ac. do STJ de 19-3-98, BMJ 475-498. IV. Existe incompatibilidade para que um arguido apto ao exercício da advocacia possa exercer essa actividade de mandatário 'em causa própria' de arguido, sendo de estender tal a todas as fases processuais, incluindo o recurso”.

¹³⁹ 1997: 278/279.

presume-se ser detentor de conhecimentos jurídicos, podendo resistir eficazmente à pretensão punitiva.

Convém ressaltar que, diferentemente do afirmado no acórdão 578/2001 do TC, a nosso juízo a discussão não gira em torno de os Estados-partes da CEDH poderem limitar o direito dos acusados se autodefenderem¹⁴⁰ – primeira parte da norma citada - o que tem sido amplamente admitido pelo TEDH, com vistas a salvaguardar interesses da justiça e do próprio acusado¹⁴¹. Ao revés, a questão deve ser encarada a partir do direito de escolha do defensor. Nessa ordem de idéias, a jurisprudência do TEDH, a despeito de afirmar poder haver restrição ao referido direito nas hipóteses de nomeação de advogado pelo tribunal¹⁴², ou quando a nomeação recaia sobre leigos se assim permitirem as legislações nacionais¹⁴³, nunca afirmou que estas podem impedir o advogado-réu de eleger-se defensor de si mesmo.

Ao revés, as razões de decidir apresentadas em *Mayzit* revelam que a preocupação daquele tribunal ao assegurar a presença de um técnico em auxílio do réu é garantir uma defesa eficiente, em regra inviabilizada quando a tarefa é executada por leigos. Possuindo o acusado conhecimentos técnicos, afinal advogado habilitado, não há razões jurídicas para limitação de sua garantia fundamental.

Se não se tem dúvidas de que essa escolha a princípio não pareça a ideal, uma vez que a situação psicológica decorrente da posição de arguido pode criar confusões e dúvidas, dificultando/obnubilando o raciocínio jurídico¹⁴⁴, não se pode impor a ele nossas convicções, em autêntica atitude paternalista, muito embora o juiz deva adverti-lo dos malefícios de seu ato.

Nem mesmo a independência do advogado pode obstaculizar essa escolha, uma vez que seguirá ele obrigado pelos deveres deontológicos da profissão, devendo dirigir-se de forma educada ao tribunal; ou a existência de hipóteses excepcionais em que é admitida sua retirada da sala de audiências, justificam a incompatibilidade. Outras soluções como a

¹⁴⁰ Conforme parágrafo 4.1: “Comentando aquela alínea, Ireneu Cabral Barreto (*in A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 167 e segs.), refere que as garantias nela oferecidas apresentam-se em três níveis, sendo um deles o da autodefesa do arguido (“*Defender-se a si próprio*”, nas palavras do anotador), dizendo, em determinada altura (pag. 168) que “[p]or consequência, um acusado que não quer defender-se a si próprio, deve poder recorrer aos serviços de um advogado da sua escolha”. (...) O direito do acusado de se defender por si próprio não é um direito absoluto, podendo os Estados, pela via legislativa ou por decisão judicial, impor a obrigação de a defesa ser assegurada por um advogado. Assim, é possível que a representação nas instâncias de recurso seja assegurada por um advogado”.

¹⁴¹ VAN DIJK; VIERING, 2006: 637/638.

¹⁴² Conforme caso *Croissant v. Alemanha*, parágrafo 29.

¹⁴³ Conforme caso *Mayzit v. Rússia*, parágrafos 64/71.

¹⁴⁴ ARAUJO, 1969: 372/375.

nomeação de defensor exclusivamente para o ato (art. 67, n.1 do CPP) parecem ser mais compatíveis com as garantias processuais do réu do que bani-lo do exercício de sua defesa, em prejuízo não apenas dessa, mas também de sua fazenda, afinal deverá remunerar o profissional.

Convém esclarecer que a citada vedação não existe na legislação brasileira. Ao revés, essa expressamente admite que o acusado defenda a si mesmo “caso tenha habilitação” (art. 263 do CPPb).

Também a vedação dos pactos *quota litis* (arts. 66, ‘a’ e ‘c’ e 83, n.1 ‘h’ do EOA, e art. 3.3 do CDAUE) existente de longa data no direito nacional português é instrumento de proteção da independência do advogado, assegurando-se uma boa administração da justiça por não encorajar a litigância de má-fé e abusos que os advogados podem ser tentados a cometer caso sua remuneração dependa exclusivamente do resultado da causa.

Deve-se esclarecer, ademais, que essa vedação também se relaciona com os deveres assumidos pelo advogado ao receber um mandato. Com efeito, este se obriga a empregar os melhores meios necessários para êxito da causa. Não promete, entretanto, entregar determinado resultado – que lhe é alheio, afinal cabe ao poder judiciário decidir a questão. Assim, por não ser a advocacia uma profissão de resultados, a remuneração de advogados não pode ficar condicionada a álea da própria causa¹⁴⁵.

Semelhante vedação, entretanto, não se encontra no direito brasileiro, uma vez que expressamente a admite, muito embora determine que os honorários devam ser representados em dinheiro e não bens (art. 38 do CEDOAb), salvo na hipótese excepcional de cliente sem condições pecuniárias, desde que essa cláusula seja contratada por escrito.

Por fim, e não menos importante, a independência do advogado também deve ser analisada a partir do modelo pelo qual esses profissionais são credenciados ao exercício da atividade e fiscalizados no cumprimento de deveres deontológicos. Com efeito, apenas lhes é assegurada independência caso lhes seja permitido trabalhar livremente, é dizer: sem que haja obrigação de obter licença ou autorização do poder executivo para desempenho de seu ofício¹⁴⁶.

A esse respeito, *Orlando Guedes da Costa* ensina que existem três modelos de advocacia: colegiada, livre, de Estado. No primeiro, os profissionais devem estar inscritos

¹⁴⁵ BEXIGA, 2003: 183/184.

¹⁴⁶ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS, 2003: 124.

em associações públicas, livres das amarras estatais, para exercício profissional. No segundo, a colegialidade não é obrigatória, muito embora existente, ficando a cargo de juízes o controle do exercício da profissão. No último a colegialidade é obrigatória, entretanto, em organizações dependentes do Estado¹⁴⁷. Parece-nos ser apenas através do primeiro modelo que a independência é verdadeiramente garantida, atingindo-se uma concordância prática entre esse valor e o interesse público revelado na profissão, pois o advogado poderá atuar sem receio de desagradar o Tribunal e Estado, e ao mesmo tempo será sujeito a fiscalização por colegas integrantes da associação pública.

Portugal e Brasil adotam o primeiro modelo, como se nota do art. 1, n. 2 c/c art. 61, n.1 do EOA e art. 3 c/c art. 44, par. 1 do EAOB. Convém esclarecer, entretanto, que o modelo brasileiro apresenta-se como *sui generis*, pois a partir de 2009 Defensores Públicos não mais precisam ser inscritos na OAB para praticarem atos de advocacia quando em exercício de suas atribuições funcionais. Sua capacidade postulatória decorre exclusivamente da posse no cargo. Adiante teremos oportunidade de melhor examinar a questão, muito embora se possa adiantar que a medida, antes de representar ataque a independência desses profissionais, reafirma-a, uma vez que retira da OAB qualquer poder de censura sobre eles.

Além da independência, aos advogados deve ser assegurada imunidade civil e penal pelos atos praticados no exercício regular da profissão. Se inviolável é a defesa, inviolável há de ser o advogado. Assim, dispõe o art. 208 da CRP c/c art. 13 da Lei 62/2013, bem como os arts. 16 e 20 da Declaração de Havana, adotada pelas Nações Unidas em 1990¹⁴⁸, e também o art. 133 da CF e art. 2, § 3º c/c 7º, § 2º do EOAb. Desse modo, eventuais excessos cometidos no desempenho do mandato deverão ser apreciados na esfera administrativo-disciplinar.

Com efeito, não se concebe que o mesmo Estado que deduz a acusação possa punir o profissional por atos praticados no mister de resistência à essa pretensão. A existência, ainda que virtual desse poder, limitaria o bom desempenho da profissão, correspondendo a autêntica mordaca. Afinal, o defensor viveria sob a ameaça de uma pena – aqui encarada em

¹⁴⁷ 2010: 53.

¹⁴⁸ “Art. 16 Governments shall ensure that lawyers (a) are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference; (b) are able to travel and to consult with their clients freely both within their own country and abroad; and (c) shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and ethics. Art. 20. Lawyers shall enjoy civil and penal immunity for relevant statements made in good faith in written or oral pleadings or in their professional appearances before a court, tribunal or other legal or administrative authority.”

sentido lato, seja como sanção criminal ou indenização civil, pois a mordada poderia vir rotulada sob a forma de uma condenação ao pagamento de vultosa quantia de dinheiro - fazendo ruir o equilíbrio que deve haver entre ambos os sujeitos da relação processual.

A atuação do advogado, portanto, deve ser blindada, em homenagem aos interesses jurídico-constitucionalmente protegidos que concretamente defendem ao desempenhar sua atividade¹⁴⁹. Não custa lembrar que a tentativa de criminalizar a advocacia é comportamento típico de Estados totalitários, em que essa atividade é vista como ameaça ao poder. Essa tendência é ainda maior em relação a profissionais que se identificam ideologicamente com as causas defendidas, muitas vezes confundidos, erroneamente, com os argüidos do processo criminal¹⁵⁰.

Por outro lado, não fossem as previsões constitucionais e legislativas expressas, do princípio da legalidade penal (art. 29 da CRP e art. 5, XXXIX da CF) extrai-se uma absoluta proibição de criminalização de atividades profissionais conformes o direito. Tradicionalmente, o princípio da legalidade tem sido encarado como a necessidade de uma lei formal e anterior prever o tipo de crime e sua respectiva sanção, de forma certa e determinada, possibilitando aos indivíduos se comportarem de acordo com as proibições encerradas na norma legal¹⁵¹.

Como se vê, essa compreensão é axiologicamente neutra e permitiria ao legislador incriminar qualquer conduta, desde que observados os requisitos da anterioridade e certeza. É bem verdade que, de alguma forma, o princípio da proteção de bens jurídicos - cuja existência já foi reconhecida pelo TC¹⁵², assim como pelo STF¹⁵³ - acaba por limitar a atuação legislativa, bloqueando incriminações que não afetem os bens fundamentais da comunidade.

¹⁴⁹ SANTIAGO, 1999: 74.

¹⁵⁰ A história é recheada desses exemplos, valendo citar o caso do advogado brasileiro Francisco Lindolfo Cordeiro, detido durante seis meses na condição de preso político por supostas atividades subversivas, essas consistentes na postulação em juízo de direitos consagrados na legislação rural brasileira, conforme decisão proferida no processo administrativo 2012.01.70905, da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça brasileiro. <LOUREIRO; MALACARNE, 2014: 62/65>.

¹⁵¹ DIAS, 2012a: 177/183.

¹⁵² Conforme declaração de voto da Cons. Maria João Antunes no acórdão 247/2005, em que se discutia a constitucionalidade da incriminação de atos homossexuais praticados com maiores de 14 e menores de 16 anos de idade (art. 175 do CP).

¹⁵³ Conforme decisão proferida no Recurso Extraordinário 583.523, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/10/2003, em que se discutia a recepção pela nova ordem constitucional do art. 25 do Decreto-Lei 3.688, que instituía a contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto por indivíduos já condenados pela prática desse crime e/ou vândalos, mendigos. Do acórdão colhe-se: “Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens

Todavia, ainda assim julga-se que essas amarras não são suficientes para conter o arbítrio estatal, de sorte que se deve promover uma releitura do princípio da legalidade. Note-se, por exemplo, que para proteção da honra de magistrados do Ministério Público poderia pretender-se penalizar o comportamento de um advogado ferrenho e ácido em suas defesas, caso em que ninguém afirmaria a ofensa aos princípios da proteção de bens jurídicos e legalidade (no sentido em que tradicionalmente é empregado).

Nessa ordem de idéias, socorremo-nos das lições de *Eugenio Raul Zaffaroni* para quem a realização de atividades fomentadas pelo Estado não pode ser proibida. Seria irracional admitir-se que determinado comportamento é ao mesmo tempo proibido e estimulado, de sorte que essas condutas são atípicas, ainda que em tese correspondam ao tipo legal de crime. Falta-lhes, nas palavras do autor argentino, tipicidade conglobante¹⁵⁴.

Convém esclarecer que essa abordagem sobre o princípio da legalidade foi igualmente tomada pela CIDH ao julgar o caso *De La Cruz Flores*, em que uma médica teria sido condenada pela prática de atos de colaboração com o terrorismo, estes consistentes em atendimentos de saúde (consultas e cirurgias) realizados em benefício de integrantes de grupo terrorista. Nos dizeres da Corte, houve violação ao princípio da legalidade em razão da punição do ato médico, não apenas essencialmente lícito, mas também um dever do profissional¹⁵⁵.

Transposto o raciocínio para a atuação dos advogados, não poderia a legislação – por força do princípio da legalidade – criminalizar comportamentos praticados por esses profissionais durante o exercício das suas funções, uma vez que o legislador não pode ao mesmo tempo estimular a defesa técnica – tida como fundamental para a confiança da comunidade na administração da justiça – e criminalizar sua atuação. Nesse sentido, são as conclusões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Galindo Cárdenas*, ao concluir que o Estado peruano teria violado o princípio da legalidade por criminalizar o

jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbote*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbote*) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais”.

¹⁵⁴ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000: 504.

¹⁵⁵ Conforme parágrafos 90/102 do acórdão, julgado em 18 de novembro de 2004.

exercício da advocacia e, em particular, da defesa técnica, ao reputar que essa atividade corresponderia a colaboração com atos de terrorismo¹⁵⁶.

Ao lado de independência e imunidades, o exercício da defesa pressupõe a existência de um vínculo de confiança entre defensor e defendido (art. 92, n. 1 do EOA e art. 16 do CEDOAb), do que resultará o sigilo das comunicações mantidas entre ambos. Com efeito, para confiar a terceiro a defesa de seu patrimônio, honra ou liberdade, o cliente necessita ter certeza de que os fatos que revelará ao advogado não serão objetos de devassa por nenhuma autoridade ou pela parte contrária¹⁵⁷. Cuida-se, portanto, de uma obrigação que não decorre apenas de eventual contrato estabelecido entre ambos, mas sim do próprio interesse social revelado na profissão¹⁵⁸.

A legislação nacional portuguesa cuida do tema, em linhas gerais, no art. 87 do EOA, havendo outros dispositivos que também lhe façam referência (art. 108 – confidencialidade entre advogados; art. 39 – competência do Bastonário para decidir recursos sobre decisões de dispensa de sigilo, proferidas pelo Presidente do conselho Distrital <art. 51>; art. 135 do CPP – levantamento do sigilo em processos-crime, entre outras).

Estão abrangidas pelo dever de segredo todas as informações que o advogado tenha obtido em razão do exercício profissional, ainda que em simples e rápida consulta jurídica, tenham essas sido fornecidas pelo cliente ou a ordem deste. O sigilo não recai exclusivamente sobre as informações repassadas, mas também sobre todos os documentos e objetos entregues, além de anotações pessoais realizadas pelo profissional. É extensível às pessoas que trabalham em colaboração com o advogado, sejam elas colegas de profissão ou não. Por fim, além da responsabilidade disciplinar, informações repassadas em violação ao dever de segredo não podem ser valoradas como prova em juízo, havendo aí autêntica proibição de prova.

¹⁵⁶ Conforme *comunicado de prensa* 19/2014, Petição 11.568. Recentemente foi realizada uma audiência pública perante a Corte Interamericana a respeito do caso, pendente de julgamento até a elaboração deste trabalho.

¹⁵⁷ Nesse sentido, dispõe o art. 2.3.1 do CDAUE: “É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado. A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado”.

¹⁵⁸ DE OLIVEIRA, 1965: 5.

O dever de sigilo não é, entretanto, absoluto como resulta do art. 87, n. 4 do EOA. Tendo sido constituído em benefício da terceira pessoa que declara ao profissional determinado fato, na esperança que o mesmo guarde-o com discrição, logicamente pode ser levantado por sua ordem. Afinal, aí não haveria abalo da relação de confiança que deve existir entre ambos¹⁵⁹. Nesses casos, entretanto, o advogado ainda assim pode recusar-se a revelar o segredo, em razão da independência e isenção que presidem sua atuação (art. 87, n. 6 do EOA)¹⁶⁰. Também pode haver afastamento desse dever caso se faça necessário para salvaguarda dos interesses do próprio advogado, normalmente decorrentes de conflito com o antigo cliente.

Outrossim, o CPP (art. 135) prevê terceira hipótese de levantamento do sigilo, abandonando a teoria do paralelismo segundo a qual onde há o dever de segredo, não há dever de cooperação. Daquela norma resulta uma fórmula que rejeita concepções extremadas, é dizer: tanto a que apregoa a prevalência do dever de segredo em todas as hipóteses, como a que defende o dever de prestar o testemunho perante o tribunal penal. Como se vê, essa determina que o juiz realize uma ponderação dos interesses conflitantes (privacidade x interesse público na perseguição de crimes), decidindo em favor da prestação do testemunho sempre que se mostre justificado *segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante*, observando-se a imprescindibilidade da prova, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos¹⁶¹.

No ponto, convém esclarecer que, levantado o segredo, o depoimento do advogado deverá ocorrer em benefício do cliente, nos exatos termos do art. 81, n. 4 do EOA. É dizer: do levantamento do sigilo não se pode pretender extrair uma confissão por interposta pessoa¹⁶², caso em que ruiria todo o sistema de defesa, uma vez que o acusado deixaria de repassar ao defensor instruções, em razão do receio de que futuramente fossem descobertas pela aplicação da norma ora comentada. Não obstante essa advertência, equivocadamente algumas decisões¹⁶³ tem admitido a prestação de testemunho por advogados cujos mandatos

¹⁵⁹ ERNST; AMBOS; GUERRERO. 2009: 27/28.

¹⁶⁰ Conforme acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de fevereiro de 2011, de onde se colhe que “*O segredo profissional de advogado é de interesse público, não sendo por isso suficiente para o afastar a vontade do cliente*” <Processo 552/06.1TAPGR.P1, Relator: Élia São Pedro>.

¹⁶¹ ANDRADE, 2012: 1155/1157.

¹⁶² CARDOSO, 1997: 71.

¹⁶³ A exemplo da Relação de Lisboa, que decidiu justificar a violação do sigilo do advogado mandatário dos arguidos, que teria subscrito denúncia a pedido dos clientes sobre a prática delito de falso – aposição de suas assinaturas em determinado documento - ao final reputada inverídica pelo MP, que os acusava do delito de simulação de crime <Processo 5622/08, Relator: Nuno Silva Garcia>. Do acórdão colhe-se: “Por agora, e tendo

já cessaram em desfavor dos acusados, fazendo, a nosso juízo, ressurgir a figura do advogado atuante nos Tribunais da Santa Inquisição.

Ademais, tratando-se de exceção, o levantamento do segredo, em qualquer hipótese, deve se afigurar como último recurso, é dizer: apenas nas hipóteses em que a prova do fato não puder ser realizada de outra maneira¹⁶⁴; bem como ser precedido de manifestação da OA. Nas hipóteses previstas no art. 135 do CPP, discute-se se esta é vinculativa para os Tribunais, indagação à qual respondemos positivamente, uma vez que os juízes não devem cuidar sobre a aplicação de regras de deontologia jurídica, caso contrário haveria uma possível indesejável intromissão do poder público na advocacia, em prejuízo da sua independência. Há, portanto, uma discricionariedade técnica da Ordem sobre o tema, não sindicável pelo Poder Judiciário¹⁶⁵. Eventual controle deveria restringir-se a aspectos formais e de finalidade.

em conta que o que está em causa é precisamente uma denúncia subscrita pela testemunha enquanto mandatário judicial, denúncia essa que está na origem da imputação feita agora aos arguidos, trata-se de ouvir quem poderá esclarecer em que circunstâncias foi tal denúncia apresentada”. A Relação do Porto, por sua vez, já admitiu que a violação do sigilo fosse justificada em causa que se apurava o cometimento de crime de abuso de confiança pelo mandatário da advogada. Na hipótese, teria ele entregue discos de tacógrafo por si supostamente apropriados de seu empregador. Os referidos bens teriam sido utilizados em demanda ajuizada perante o Tribunal do Trabalho e devolvidos pela mandatária aos queixosos. No ponto relevante, o acórdão está assim sumariado: “Estando em causa a realização de uma diligência de prova (depoimento do advogado) imprescindível para apurar a prática de um crime e a condenação do agente (seu cliente), o dever de sigilo do advogado deve ser quebrado, perante o interesse público do Estado na realização da justiça, que prevalece sobre o interesse profissional da advogada e o interesse pessoal do arguido <Processo: JTRP00037338, Relator: Onélia Madaleno>.

¹⁶⁴ Nesse sentido, decidiu a Relação de Lisboa: “A quebra do segredo profissional do Advogado em favor do interesse da descoberta da verdade dos factos e da administração da justiça tem carácter verdadeiramente excepcional e só dever ser determinada por razões imperiosas, doutro modo inultrapassáveis, como seja estar a parte impedida de produzir a prova que lhe compete sem o depoimento desse Advogado” <Processo 602/08.7TBBNV-A.L1-7, Relator: Conceição Saavedra>. A Relação de Évora, entretanto, já decidiu em sentido contrário, admitindo a prestação do depoimento nas hipóteses de depoimentos necessários, determinantes e muito importantes <Processo: 66/08.5IDSTR-B.E1, Relator: António João Latas>.

¹⁶⁵ CARDOSO, 1997: 77. Em sentido contrário, entretanto, reiteradamente tem decidido a jurisprudência, a exemplo da Relação do Porto: “I – O parecer do organismo representativo da profissão [art. 135.º, n.º 4, do CPP] deve ser solicitado pelo tribunal de 1ª instância e não tem carácter vinculativo. II – Não deve ser concedida a dispensa de segredo profissional a advogado relativamente a factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços e que o seu depoimento não se mostra imprescindível. <Processo 3559/05.2TAVNG.P1, Relator: Joaquim Gomes>. E também o STJ, em hipótese semelhante envolvendo um solicitador: “A dispensa de depor concedida pela Ordem respectiva a um solicitador seu afiliado, podendo, eventualmente, e em face do respectivo Estatuto, ter valor vinculativo nas «relações internas», isto é, nas relações Ordem-afiliado, não tem eficácia «erga omnes», não se impondo, nomeadamente, aos tribunais, a quem cabe decidir, caso a caso, com supremacia sobre o parecer dado, e face à ponderação dos concretos interesses em presença, se se justifica ou não, a dispensa de sigilo profissional” <Processo: 05P1300, Relator: Pereira Madeira>. Em que pese os judiciosos fundamentos apresentados, os termos propostos para a insindicabilidade do ato não retiram do Poder Judiciário sua atribuição para ‘dar a última palavra’ sobre o tema, uma vez que aquela se restringe a apreciação técnica das normas deontológicas, não se estendendo a requisitos de forma e finalidade do parecer, por exemplo. Dessa maneira, sobre esses aspectos controle poderá existir, com o que não se pode afirmar que a questão é totalmente subtraída a apreciação do poder judicial.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, regulamenta o tema nos arts. 7º, II e XIX do EOAb, arts. 25 a 27 do CEDOAb, e art. 207 do CPPb. Assim como o ordenamento jurídico português, reconhece o segredo como direito/dever do profissional do foro. Abrange os fatos sobre os quais tomou conhecimento em razão da profissão, aí incluída tanto a representação judicial como extrajudicial (negociação de contratos, e.g), podendo referir-se sobre terceira pessoa¹⁶⁶. O sigilo igualmente engloba os documentos confiados ao advogado, salvo se constituírem elementos do corpo do delito, afinal, se assim fosse, por via oblíqua poderia ele ser burlado (art. 243, § 2º do CPPb)¹⁶⁷.

Entretanto, as hipóteses de levantamento são menos abrangentes, admitidas nos casos de estado de necessidade – quando houver grave ameaça ao direito à vida ou a honra em razão da manutenção do sigilo; ou quando for demandado pelo cliente e em defesa própria (art. 25 do CEDOAb). Também pode o sigilo ser levantado em benefício do próprio cliente, desde que autorizado por este (art. 207 do CPPb e art. 27 do CEDOAb).

Não há previsão, como se vê, de levantamento do segredo por interesse da instrução criminal, a partir de um juízo de ponderação dos valores envolvidos. Não obstante, se intimado a depor como testemunha, o advogado deverá comparecer a sessão de julgamento e escusar-se de fazê-lo¹⁶⁸. Entretanto, caso seja suspeito de atuar em concurso de agentes com o cliente para prática de crimes, poderá seu escritório sofrer devassa por meio de ordem judicial, afinal o sigilo não pode funcionar como escudo para prática de ilícitos¹⁶⁹. As apreensões, entretanto, restringir-se-ão aos objetos pertencentes ao advogado e aqueles confiados pelo cliente com o qual se associou, também investigado da prática criminosa. Essas ordens devem ser cumpridas na presença de um representante da OAB (art. 7º, § 6º e 7º do EOAb)¹⁷⁰.

2.3.6 O modelo ideal de defensor.

A partir de tudo quanto foi exposto, pretende-se apresentar as características do modelo ideal de defensor, meta a ser alcançada pelos diversos esquemas de assistência jurídica gratuita. De plano, duas características podem ser identificadas: boa qualificação

¹⁶⁶ MAMEDE, 2003: 232.

¹⁶⁷ BATISTA, 2005: 90.

¹⁶⁸ Recurso Especial 93238, Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

¹⁶⁹ Recurso Ordinário em Habeas Corpus 26063, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura.

¹⁷⁰ Habeas Corpus 91610, Relator: Min. Gilmar Mendes.

profissional, adquirida através de adequado treinamento e constante aprimoramento e atualização, assim como o estabelecimento de uma relação de confiança com o acusado, assegurada através do sigilo das conversas e colaboração no processo de tomada de decisões¹⁷¹.

A primeira delas parece evidente, sendo revelada pela própria complexidade do fenômeno jurídico. Ora, se restou estabelecido que a presença do profissional ao lado do acusado ocorre em razão de sua incapacidade de aceder às garantias processuais e testar a hipótese acusatória com eficiência, pois lhe faltam conhecimentos técnicos, espera-se que estes sejam encontrados nos advogados.

Para tanto, além do conhecimento geral do direito adquirido no processo de formação acadêmica básica, devem receber específicos treinamentos sobre normas de natureza penal e processual penal, diante das especificidades do sistema de justiça criminal. Ademais, como o direito é reflexo de uma determinada sociedade, e como a evolução social é característica de todas, está ele em constante transformação. A cada dia uma nova lei é publicada, um novo julgamento é anunciado, de modo que o processo de qualificação do advogado deve ser perene, a fim de que possa acompanhar essas mudanças legislativas e jurisprudenciais. Não por outra razão, o uruguaio *Eduardo Couture* afirma ser o primeiro mandamento do advogado: “Estuda. O direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado”¹⁷².

Ademais, seu conhecimento não pode restringir-se às normas jurídicas. Com efeito, a advocacia criminal está em transformação, muito em razão das mudanças que experimenta o Direito Penal¹⁷³, provocado pela evolução tecnológica e necessidade da preservação de bens jurídicos de titularidade coletiva, de que são expressão o direito penal econômico e do ambiente. Nesses ramos, em que é comum o recurso a normas penais em branco e/ou utilização de termos de outras ciências (economia, biologia, etc.), exige-se do advogado não apenas um profundo conhecimento do direito, mas também domínio dessas técnicas e linguagem¹⁷⁴.

¹⁷¹ BOCCACCINI; BRODSKY, 2001: 83.

¹⁷² 1999: 21/23.

¹⁷³ Nesse sentido, Silva Dias <2008: 238> afirma que, com o aparecimento do Estado Social de Direito e o reconhecimento da existência de novos riscos – referindo-se à teoria de Ulrich Bech sobre a sociedade de risco – vivencia-se um momento de crise do Direito Penal clássico. Um dos sinais dessa crise é sua expansão, passando a atuar como reforço sancionatório de deveres jurídicos impostos para disciplinar atividades econômicas, envolvendo o recurso a conceitos indeterminados e emprego de normas penais em branco.

¹⁷⁴ LINS E SILVA, 2003: 48.

Além do conhecimento do direito, é indispensável ter o defensor conhecimento dos fatos que envolvem o acusado, a partir dos quais irá desenvolver o raciocínio jurídico, transformando a angústia humana em exposição lúcida e clara. Não é à toa que *Eduardo Couture* afirma: “Pensa. O direito se aprende estudando, porém se aplica pensando”¹⁷⁵.

Nesse ponto, o defensor deve desenvolver atividades investigativas, de modo a buscar elementos de prova de causas exculpatórias ou de redução de pena. Como já afirmado, muito embora também tenha o MP o dever de procurá-las e investigá-las, dificilmente o faz, seja porque o réu não lhe repassou a informação, seja porque psicologicamente vinculado à hipótese acusatória que pretende sustentar. É dever da defesa, portanto, reorientar o curso da investigação em sentido favorável a si¹⁷⁶.

Ademais, a investigação defensiva não deve se restringir a causas de isenção da responsabilidade, mas abranger fatos e evidências que abalam a hipótese acusatória, criando a dúvida razoável a partir da qual advirá resultado favorável ao acusado. Com efeito, considerando que o valor/direito à liberdade é fundamental em ambos os sistemas jurídicos, reconhece-se que o erro consistente numa condenação falsa é mais custoso do que aquele revelado na absolvição de um culpado. Assim, regras/princípios processuais – dentre as quais o *in dubio pro reo* – garantem que, se erro existir, provável que se trate de uma absolvição falsa¹⁷⁷.

O defensor deverá, então, explorar ao máximo essa vantagem processual¹⁷⁸, utilizando tanto sua capacidade de negar os fatos, introduzindo álibis, como desacreditar as provas que sustentam a hipótese acusatória, questionando sua credibilidade ou admissibilidade. Nesse sentido, a *American Bar Association* afirma que uma defesa competente não se realiza sem que previamente uma adequada investigação tenha sido realizada, afinal, sem ela o advogado não estará, por exemplo, em condições de contra-interrogar as testemunhas. Nessa toada, conclui que a efetividade da advocacia não é apenas revelada pela atuação do profissional no julgamento, mas também na preparação cuidadosa que empreendeu¹⁷⁹.

Em ordem a ter conhecimento da situação que circunda o réu, além de promover diligências investigativas, deve estabelecer uma estreita relação de confiança com este, de

¹⁷⁵ 1999: 27.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, 2006: 29/31.

¹⁷⁷ LAUDAN, 2013: 22.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, 2006: 47.

¹⁷⁹ 1993: 183.

sorte que o mesmo se sinta a vontade de revelar fatos íntimos, que possam auxiliar sua situação processual.

No ponto, uma dificuldade emerge nas hipóteses em que a defesa criminal é custeada pelo Estado, seja quando contrata e emprega defensores públicos, seja quando remunera os advogados privados designados/apontados para realizarem a tarefa, pois existe uma natural e inicial desconfiança do réu em relação ao profissional que exerce a defesa técnica¹⁸⁰.

Em grande parte, tal fenômeno resulta de uma crença disseminada no inconsciente coletivo dos indivíduos integrantes de sociedades capitalistas de que “você tem aquilo que você paga”, é dizer: o custo é medida de qualidade. Ora, como em ambos os modelos a defesa não é custeada pelo acusado, este inconscientemente desconfia de sua qualidade, até porque não os seleciona. Ademais, a troca financeira existente entre advogado e cliente dá a esse a sensação de que está em controle do caso, e de que o profissional será leal a seus interesses. Outrossim, como a atividade é exercida numa economia de mercado, acreditam os acusados que o advogado tentará obter os melhores resultados, a fim de que em casos futuros seja novamente contatado pelo “consumidor” de seus serviços. Nenhum desses fatores, entretanto, está presente na relação mantida entre defensores públicos e advogados oficiosos com os acusados, uma vez que este não os selecionou, ao que se acrescenta o fato de ser o Estado – a mesma “entidade” que o persegue - a realizar a remuneração¹⁸¹.

É de se ter, entretanto, que pesquisas revelam que a percepção dos acusados em relação aos advogados (públicos ou privados: oficiosos, e contratados) é boa em geral, especialmente se comparada com aquela relacionada aos demais atores da justiça penal (polícia, tribunal, MP). Naturalmente, em relação aos profissionais contratados as avaliações são melhores. De toda sorte, os acusados tem consciência de que o defensor está a seu lado¹⁸², de modo que os obstáculos acima elencados podem ser transpostos através da adoção de determinadas posturas e procedimentos, e assim serem construídos laços estreitos de confiança.

Para tanto, deve ser assegurado em máxima extensão o sigilo das comunicações mantidas entre defensor e defendido. Sem a garantia de que os fatos revelados não serão

¹⁸⁰ CASPER, 1978b: 96/97. O autor concluiu que a discriminação resulta apenas e exclusivamente em razão de quem efetua o pagamento, e não do regime jurídico do profissional, de sorte que ambos são vistos como uma única categoria.

¹⁸¹ CASPER, 1978b: 56/58.

¹⁸² ALPERT; HICKS, 1977: 466.

expostos a público, o acusado certamente não os confidenciará ao defensor, sobretudo quando este seja pessoa desconhecida ou não eleita. O tema já foi abordado anteriormente, razão pela qual dispensaremos aprofundar sua análise.

Além de sigilosas, as comunicações entre ambos devem ser frequentes e francas, em ordem a permitir que o réu seja informado adequadamente sobre todos os riscos e consequências das decisões que venha tomar¹⁸³ (assumir a responsabilidade, o fazer em parte, ou negá-la por completo). Ademais, o profissional deve buscar manter o cliente informado sobre a situação processual, com vistas a demonstrar que se preocupa com o caso, tanto que acompanha seu desenrolar. O defensor deverá, ainda, mostrar interesse pela situação e bem-estar do acusado, dispondo-se a ouvi-lo – ainda que não acolha suas sugestões, afinal há decisões que recaem exclusivamente sobre si¹⁸⁴.

No ponto, convém esclarecer que inúmeras pesquisas concluem que a avaliação realizada por presos sobre o desempenho dos advogados pouco são ligadas a sua performance, mas sim às relações interpessoais estabelecidas entre ambos¹⁸⁵. A constatação, aparentemente frívola, pois numa perspectiva técnica a defesa avalia-se exclusivamente pela qualidade da atuação profissional, ao final revela-se de extrema importância. Com efeito, por elevar a confiança do acusado em relação ao profissional, pesquisas constataram que sua atitude em relação a esse se modificam, de sorte que passam a cooperar eficazmente, partilhando mais informações¹⁸⁶.

A cooperação entre defesa técnica e autodefesa, fruto da confiança que deve permear a relação mantida, também deve ser atingida através da adoção de uma advocacia diligente, intensa, zelosa, devotada e combativa, em ordem a permitir que o acusado visualize que, de fato, o profissional está a seu lado, colocando todos os meios legalmente disponíveis em seu benefício e serviço¹⁸⁷.

¹⁸³ CACHERIS, 1996: 36.

¹⁸⁴ BOCCACCINI; BRODSKY, 2001: 100/101.

¹⁸⁵ ALPERT, 1979: 7. No mesmo sentido são as conclusões de CASPER <1978b: 115>, para quem, apesar de os dados por si coletados acreditarem a hipótese de que a percepção do cliente sobre a performance do advogado está relacionada com a sanção recebida; o modo de prolação da sentença (acordos/*plea bargain* ou julgamento), e a quantidade de tempo que ambos passaram juntos, apenas a última explica a diferença pela qual advogados privados contratados são constantemente melhor avaliados que os demais, já que em relação aos outros dois fatores inexistente diferença substancial em suas atuações.

¹⁸⁶ BOCCACCINI; BRODSKY, 2001: 102. Numa das entrevistas, o participante afirmou: "I would be honest even though I knew I was guilty because I could have a better chance". Outro, por sua vez, reportou que "I would have been able to tell him what really happened and maybe have gotten a reduced sentence".

¹⁸⁷ SMITH A, 2010: 121.

Convém lembrar, como anteriormente exposto, que o advogado exerce um papel anfíbio, já que sua atuação é presidida tanto por deveres em relação ao cliente, como também para com o Poder Judiciário e a sociedade. Entretanto, os deveres com relação ao cliente são os mais altos e inquestionáveis, de sorte que devem ter precedência em relação aos demais. Assim, deve atuar da mais persuasiva forma, em ordem a convencer o tribunal de que seu cliente não merece o tratamento gravoso pretendido pela acusação, ainda que saiba, por exemplo, de sua completa e total responsabilidade. O advogado deve, assim, tentar que seu cliente consiga tudo o que a lei lhe confere, até porque não é possível identificar *a priori* quais direitos são esses¹⁸⁸.

Seu discurso não deve procurar o justo, equilíbrio ou conformação social. Pelo contrário, deve dizer o que for circunstancialmente adequado e eficaz para o triunfo dos interesses representados, no caso do acusado. A toda evidência, o dever de urbanidade imporá limitações ao discurso do defensor, assegurando um debate civilizado e um ambiente calmo e sereno em que deve ser administrada a justiça¹⁸⁹. Com isso, não deixará de ser um “servidor do direito”, uma vez que assegurará a vigência do sistema de justiça criminal adversarial, em que verdade e justiça são atingidas através do debate.

Por outro lado, também não se deve esquecer que uma defesa vigorosa assegura também o interesse público, a partir da constatação de que garante uma melhor qualidade das investigações, reduzindo o risco de erros judiciais. Com efeito, a possibilidade de o defensor diligente expor os equívocos da investigação estimula que sejam os fatos devidamente esclarecidos, próprios de respeito e credibilidade pública¹⁹⁰.

Ademais, considerando que na atual civilização a liberdade alçou-se a um patamar de maior relevância, o advogado, ao desempenhar sua missão de proteção a esse valor/direito, deve se comportar como verdadeiro guerreiro¹⁹¹, e não como um mero corpo quente sentado ao lado do arguido¹⁹².

Entretanto, ainda que se afirme que o defensor deve atingir todos os limites interpretativos que a lei permitir, e/ou limites fáticos que das provas possa se inferir, testando-os se é interesse do cliente assim o fazer, essa atuação não é completamente

¹⁸⁸ ALEXANDER SMITH, 2010: 48.

¹⁸⁹ BARRETO GOMES, 2005: 18/19.

¹⁹⁰ SEVILLA, 1996: 524.

¹⁹¹ MORAES FILHO, 1994: 135.

¹⁹² SMITH A, 2010: 92.

desregrada. Com efeito, normas éticas e jurídicas proibem-no de adotar táticas dilatórias, abusando dos poderes e privilégios que lhe são assegurados, bem como advogar contra fatos objetivamente e incontestavelmente demonstrados (art. 6º CEDOAb). Ora, não devemos esquecer que os direitos e garantias processuais do acusado são exercidos em um determinando sistema, não sendo dado ao defensor atuar de forma a destruí-lo, deturpando suas bases através de condutas abusivas¹⁹³.

Em suma, ao defensor é facultado tomar todas as medidas legalmente viáveis em benefício do acusado, desde que não importem no exercício abusivo de direitos e, portanto, contrário à finalidade sistêmica. Veda-se a litigância de má-fé, compreendida no sentido de utilização das garantias de defesa para consecução de fins ilegais, mas não como violação de um dever de honestidade e cooperação, inexistente na seara processual penal, haja vista que *nemo tenetur se detegere*¹⁹⁴.

Nesse sentido, o CPP contém vários exemplos desses comportamentos proibidos, como se nota na alínea c) do art. 520, consignando uma figura com manifestas afinidades nos arts. 223, n. 6, 420, n. 4, e 45, n. 7. Em razão da disciplina específica da litigância de má-fé pelo direito processual penal, é interditado o recurso à analogia e a consequente aplicação da multa prevista no art. 456, n. 3 do CPC. A jurisprudência do TC parece caminhar no mesmo sentido, ao afirmar que o estatuto jurídico do arguido não seria conforme a imposição de sanções, muito embora já tenha imposto a penalidade em recurso oriundo de processo-crime cuja discussão, entretanto, não girava em torno de questões referentes à culpabilidade, mas sim em relação a conta de custas¹⁹⁵.

Por sua vez, no Brasil, muito embora a legislação não contenha disposições semelhantes, a jurisprudência não se furta em reconhecer a existência da litigância de má-fé, dando uma decisão por transitada em julgado quando é exercido abusivamente o direito de recorrer¹⁹⁶.

¹⁹³ ALEXANDER SMITH, 2010: 62/63.

¹⁹⁴ Ainda que não se possa impor ao réu o dever de cooperar com as investigações, o ordenamento jurídico não pode desconsiderar os comportamentos desse sujeito que auxiliam a investigação dos fatos. Se coopera com o MP e chegam a um acordo sobre o limite máximo da sanção, considerando a confissão como fator mitigador das necessidades preventivas, estes não devem ser reputados inválidos pelo Poder Judiciário <DIAS, 2012b: 270/271>.

¹⁹⁵ Acórdão 68/2012, Relator: Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro.

¹⁹⁶ Conforme acórdão prolatado pelo STJb no AgRg no AgRg no AgRg no Ag 1425288, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Da decisão colhe-se: “A insistência do recorrente no mesmo erro, tendo em vista que mais uma vez interpõe agravo regimental contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, revela o seu nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da ação penal e viabilizar uma possível extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, constituindo abuso de direito, em razão da

Para além de auxiliar na construção de laços de confiança, a adoção de uma advocacia zelosa e intransigente dos direitos do acusado contribui para evitar/impedir a burocratização/rotinização da atividade, hipóteses em que o papel sociológico ou real do defensor nem sempre corresponderá a seu estatuto jurídico, de sorte que se torna uma autêntica instância de seleção, ou pelo menos instrumento a serviço do sistema e contra o cliente¹⁹⁷.

Com efeito, muito do sucesso do advogado depende de sua capacidade de impressionar. Por sua vez, esta depende da boa-vontade e colaboração do tribunal, que o auxiliará a manter sua imagem. Assim, enquanto os contatos com o cliente são, de regra, passageiros, aqueles mantidos com o poder judicial são duradouros e perenes, de sorte que se estabelecem relações de dependência recíproca (o tribunal também é dependente do advogado, afinal sua presença é indispensável à validade das decisões). Considerando a frequência desses contatos, é difícil que o advogado planifique suas decisões em vista de apenas um único processo. Ao revés, as mesmas são influenciadas por inúmeras outras metas – economia de tempo, maximização da produção, manutenção da boa imagem – não necessariamente coincidentes com o interesse dos clientes¹⁹⁸.

Por outro lado, a rotinação da atividade da defesa, faz com que defensores passem a operar de acordo com os standards e procedimentos do tribunal, interiorizando sua subcultura. Passam a classificar os acusados de acordo com o tipo e classes de ofensor. A partir daí, o caso é solucionado de acordo com os padrões pré-existentes, sem que sejam buscadas respostas criativas e novas e, até mesmo, mais eficazes¹⁹⁹.

Desse modo, afigura-se-nos indispensável para evitar a burocratização da atividade, a adoção de um modelo mais agressivo de advocacia. De fato, se se estabelece que o advogado deve atuar até os limites fáticos e interpretativos que o caso lhe permitir, em ordem a beneficiar seu cliente, esgotando todas as teses defensivas, certamente suas decisões não serão padronizadas e baseadas por outras razões a não ser aquelas relacionadas ao defendido, garantindo-se ao mesmo uma defesa eficiente.

violação dos deveres de lealdade e comportamento ético no processo, além do desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa. Dessa forma, muito embora na esfera penal não seja permitida a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão ou de eventual interposição de outro recurso, para que inicie o cumprimento da pena que lhe foi imposta”.

¹⁹⁷ DIAS; ANDRADE, 2013: 521/522.

¹⁹⁸ DIAS; ANDRADE, 2013: 523/6.

¹⁹⁹ ZEIDMAN, 1996: 19/20.

Em suma, o defensor ideal deve reunir a um só tempo qualificações técnicas (educação formal específica e contínua especialização), bem como características pessoais que lhe permitam estabelecer uma relação de confiança com o acusado, em ordem a promover a melhor defesa criminal, e, assim, contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça, assegurando a correção das decisões judiciais e sua aceitabilidade social²⁰⁰.

2.4 A gratuidade da assistência.

Uma vez analisados os contornos do direito à assistência jurídica, cumpre-nos fazer o mesmo em relação a gratuidade da prestação. Historicamente, o surgimento da figura do advogado é resultado de uma lentíssima evolução, que se confunde com a história de conquista das liberdades, direitos e garantias individuais, na qual se insere em posição de destaque o direito à defesa. Entretanto, a defesa não se confunde com mera faculdade de o indivíduo pessoalmente apresentar sua causa, uma vez que a parte geralmente não está em condições psicológicas, técnicas ou intelectuais de assumir, com eficácia e meios adequados, o autopatrocinio. Diante dessa constatação, alguma espécie defesa por terceiros passa a ser tolerada desde os tempos mais primórdios, não sendo difícil imaginar que o embrião da figura do defensor tenha sido a testemunha, admitida a intervir no julgamento depondo em favor do acusado²⁰¹.

A advocacia tem uma, assim, origem nobre: nasce pela necessidade moral de defender fracos e justos – que não estão em condições de fazê-lo por si próprios - tendo sido exercida por homens livres, bons oradores, e sábios – não necessariamente detentores de conhecimento jurídico, pois o direito ainda não se apresentava como ciência - que desprezavam qualquer remuneração, norteando sua atividade pelo generoso espírito de servir a verdade, o direito e a justiça. Não é à toa que a palavra advogado deriva do latim *advocatus*, ou seja, aquele chamado em defesa²⁰².

Em Roma, inicialmente a defesa ficava a cargo dos patrícios, protetores e defensores dos plebeus. Vassalos que eram, esses apenas podiam recorrer a seus patronos para patrocínio de suas causas. No século III A.C. é criada a primeira Escola de Direito, de sorte que a ciência jurídica passa a se desenvolver e sofisticar, reclamando, pois, a

²⁰⁰ GOODPASTER, 1986: 86.

²⁰¹ ALVES, 2003: 28/33.

²⁰² ARNAUT, 2011: 19/20.

interveniência de profissionais técnicos. Entretanto, apenas no século VI a profissão de advogado se institucionaliza, criando-se um colégio no qual os profissionais do foro eram obrigados a se inscrever <*Ordo*>. A esses profissionais exigia-se idade mínima de dezessete anos, além do estudo do direito por pelo menos cinco, e o sucesso em exame destinado a avaliar as qualidades intelectuais e morais do candidato²⁰³.

É de se notar que, nos primeiros tempos, como a ajuda prestada era considerada muito digna e ligada à *amicitia*, não podia ser objeto de uma simples *locatio* de serviços. Entretanto, na prática acabou-se por generalizar uma retribuição, espontaneamente entregue pelo beneficiado: o *honorarium*. Com a profissionalização da advocacia e a generalização do pagamento de *honorarium*, a atividade perde seu caráter gratuito e passa a ser remunerada, muito embora sua estipulação não fosse livre. Proibia-se, por exemplo, os pactos que substituíssem os honorários por uma espécie de associação com o litigante: os *pactum de quota litis*²⁰⁴.

Assim, a partir do momento em que há profissionalização do Direito, a ausência de recursos econômicos em tese se tornou entrave para o indivíduo acessar os tribunais e ao Direito, já que não seriam capazes de contratar um profissional. Com efeito, sem poder aceder à justiça, seria impensável a repressão e a reparação prática das ofensas aos direitos fundamentais de sujeitos pobres, de modo que estes se tornariam meras proclamações vazias de conteúdo²⁰⁵.

Tal fato, entretanto, nunca inviabilizou por completo a prestação de assistência a pessoas desafortunadas, uma vez que, ao longo do tempo, advogados imbuídos de espírito caritativo não se recusavam a realizar a defesa dos mais carentes. O primeiro modelo de prestação da assistência jurídica gratuita é, assim, o *pro bono*, até hoje existente. Estruturase basicamente em torno um sentimento altruísta existente nessa classe profissional, que vê na atividade laborativa não apenas um meio de subsistência, mas também forma de transformação social.

As fragilidades do referido modelo parecem evidentes. A ausência de estímulo econômico, somada a necessidade de o profissional ter de dividir o tempo entre as causas trazidas por seus clientes, e aquelas para as quais eram designados para atuar em defesa do

²⁰³ ARNAUT, 2011: 23/26.

²⁰⁴ JUSTO, 2008: 286/287.

²⁰⁵ DUARTE, 2007: 70/71.

necessitado, fazia com que essas causas fossem relegadas a segundo plano, por mais bem intencionados que fossem os advogados.

Por outro lado, tratando-se de modelo caritativo, a assistência era encarada como esmola em forma de serviço, de sorte que os profissionais não estavam obrigados a prestá-la quando importasse em gravíssimo prejuízo para si, afinal obras de caridade não obrigam a tamanho risco. De igual forma, nas necessidades comuns dos pobres, advogados apenas deviam prestar a assistência caso esta não lhes causasse prejuízo superior a leve²⁰⁶.

Em suma, muitas vezes o serviço não era oferecido com qualidade, como também não abrangia a todas as necessidades dos carentes. Corria-se o risco de existirem duas classes de cidadãos: aqueles dotados de recursos econômicos, cujos direitos poderiam ser coativamente impostos por decisão de um tribunal; e outros cujos direitos consistiriam apenas em proclamações formais, desprovidos de executividade.

Assim, coube ao Estado, notadamente após a crise liberal e aparecimento do *Welfare State*²⁰⁷, organizar e manter os esquemas de assistência jurídica, a partir do reconhecimento de que devia assumir uma postura promotora dos direitos fundamentais e não de mera abstenção. Com efeito, a partir da constatação de ser o acesso à justiça indispensável ao pleno exercício da liberdade humana e à preservação da igualdade material de todos os cidadãos perante a lei, funcionando como indicador expressivo do caráter democrático de uma sociedade²⁰⁸, essa tarefa não podia ficar a cargo exclusivo da boa vontade dos profissionais do foro.

Nesse contexto, o amplo acesso à justiça por meio dos mecanismos de assistência jurídica gratuita materializa os princípios que decorrem da adoção da “cláusula do Estado-Democrático-de-Direito” já referida, tornando imperativo o princípio da legalidade frente ao

²⁰⁶ ARAUJO, 1969: 146/148.

²⁰⁷ A teoria base de sustentação econômica do Estado providência surge com a grande depressão - evidenciada com a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929. A partir dela o mito do equilíbrio espontâneo do mercado e a *lei de Say* – móvel das economias capitalistas é a satisfação das necessidades das pessoas: produz-se o que se vai consumir, ou trocam-se parte desses bens por moeda para aquisição de bens produzidos por terceiros – são postos em cheque. Reconhece-se que a prática da atividade econômica deveria ocorrer a partir de certas regras e dentro de alguns limites. Por outro lado, percebe-se que a acentuada desigualdade de rendimentos contraria mais do que favorece o desenvolvimento da riqueza. O Estado, nessa ordem de idéias, estaria autorizado a intervir na economia com vistas a busca de mais justiça social, seja através de políticas de redistribuição de riqueza e rendimentos, implantação de sistemas de segurança social, e reconhecimento de direitos econômicos e sociais a trabalhadores, na tentativa de conciliar o progresso social e a eficácia econômica <NUNES, 2013: 111/113>.

²⁰⁸ LAURIS, 2009: 121.

arbítrio e a autotutela, independentemente das condições de fortuna ou da classe social dos que se encontram em litígio²⁰⁹.

Nessa ordem de idéias, surgem dois modelos públicos de assistência jurídica: o *judicare* e o *salaried staff model*. Adiante teremos a oportunidade de explicar que apenas o último é genuinamente público. Entretanto, há questões prévias a serem enfrentadas. A primeira relaciona-se ao fato de, atualmente, verificar-se que muitos esquemas acabam por mesclar características de um e outro, criando verdadeiros modelos mistos, com vistas a fazer frente às peculiaridades locais. De toda sorte, segue útil a classificação, já que cada qual terá vícios e virtudes a serem necessariamente abordados e debatidos quando de sua eleição.

Uma outra advertência também merece destaque: não há “resposta certa” para essa escolha. A relação de custo-benefício deverá ser avaliada de acordo com as peculiares realidades nacionais. Uma certeza, entretanto, há: bons serviços de assistência jurídica gratuita correspondem sempre a níveis altos de disponibilização de recursos financeiros²¹⁰.

Ademais, deve-se observar que os obstáculos do acesso do pobre à justiça são de ordem econômica, social, e cultural. O primeiro relaciona-se aos custos da litigação, proporcionalmente maiores para a população carente, uma vez que suas causas, de regra, têm baixo valor e acabam por tramitar lentamente. Os últimos, embora relacionados às desigualdades econômicas, referem-se à dificuldade das classes de estratos sociais mais baixos em reconhecerem seus problemas como jurídicos e, o fazendo, dispor-se a recorrer aos tribunais para sua solução. Tal fenômeno se explica pela desconfiança em relação aos órgãos do Poder Judiciário: experiências não exitosas anteriores, causadas pela qualidade baixa dos serviços advocatícios colocados a sua disposição; bem como por uma situação de insegurança: medo de represálias. Ademais, quanto mais baixo for o estrato social menos provável que conheça advogados, onde contratá-los, ou até mesmo encontrá-los²¹¹.

Tendo em mente essas advertências, passa-se à análise crítica de ambos os modelos. No *judicare*, o Estado oferece o serviço a partir de advogados autônomos e privados, profissionais liberais, remunerados na base do caso-a-caso pelos cofres públicos. O objetivo é oferecer a mesma qualidade da representação a ricos e pobres, como se esses fossem capazes de arcar com os honorários de um. A distinção diria respeito apenas quanto a

²⁰⁹ FRANCISCO ALVES, 2005: 58.

²¹⁰ SMITH R, 2011: 13.

²¹¹ SOUSA SANTOS, 1986: 21.

cobrança: o Estado e não o cliente é cobrado desses custos²¹². Outrossim, alguns sistemas permitem – o português não, como adiante abordaremos – que o indivíduo escolha o profissional, gerindo a disponibilidade de representação e aumentando o vínculo de confiança entre ambos²¹³.

Entretanto, para garantia de que todos os profissionais participem do esquema de assistência, os honorários custeados pelo poder público devem ser semelhantes àqueles valores praticados no mercado e cobrados dos clientes individuais, o que de regra não acontece, afugentando os melhores profissionais do esquema²¹⁴. Ademais, como o Estado apenas remunera o profissional liberal, pode haver problemas relacionados ao controle de qualidade de serviço²¹⁵. Com efeito, se controle existir, este será aquele genericamente exercido pela “Ordem dos Advogados” ou instituição congênere, em razão do poder de polícia que exerce sobre os profissionais, nem sempre eficaz e eficiente, sobretudo quando o cliente é pobre e, geralmente, completo desconhecedor de seus direitos.

No *salaried staff model*, o Estado recruta e contrata profissionais, advogados assalariados, para desempenharem a tarefa. Normalmente laboram sob regime de dedicação exclusiva e mediante remuneração fixa, independentemente da carga de trabalho ou atividades executadas. Nesse modelo há possibilidade de o poder público optar por instituir organismos estatais integrados por profissionais com capacidade postulatória, com ele matendo vínculos funcionais de natureza pública; ou também por subsidiar entidades não governamentais, em regra sem fins lucrativos, para que estas, em nome próprio, contratem advogados para prestar serviços jurídicos sem ônus financeiro para os interessados, a exemplo do modelo do *Neighborhood Law Offices*, implemado nos EUA em 1960²¹⁶.

²¹² CAPPELLETTI; GARTH, 1978: 25.

²¹³ SMITH R, 2011: 24.

²¹⁴ Segundo Marco Antonio Marques da Silva, “a realidade tem demonstrado que sem remuneração adequada os serviços prestados aos pobres tendem a ser de qualidade infinitamente inferior aos prestados a particulares que arcam com os custos, quer porque poucos advogados qualificados se interessam em assumi-los, ou aqueles que os assumem tendem a ser menos rigorosos no desempenho” <2001: 88>.

²¹⁵ SMITH R, 2011: 24.

²¹⁶ FRANCISCO ALVES, 2005: 69/70. Os mencionados programas norte-americanos de apoio jurídico se caracterizavam pelo fato de os serviços serem prestados por equipes de advogados instaladas em “escritórios de vizinhança”, localizados próximos às comunidades que pretendiam atender, particularmente nos guetos onde residiam as minorias étnico-raciais (community action). Isto facilitava o contato da população com a justiça, e aproximava os profissionais das questões coletivas locais. A atuação dos offices era voltada ao atendimento jurídico individual e à defesa dos necessitados enquanto classe, inclusive mediante a apresentação de propostas de reformas legislativas tendentes a obter melhorias no direito positivo e nas suas condições de aplicação <ANDRÉ, 1980: 161>.

Com o citado modelo, cria-se uma classe de advogados especializados na defesa da população carente, adquirindo expertise e experiência nos problemas que normalmente afetam esse grupo de pessoas, que passa a ser encarado como uma classe. Em razão disso, estarão esses profissionais em posição, por exemplo, para propor reformas legislativas em benefício do grupo. Ademais, como normalmente esses serviços se situam em local próximo da “clientela”, apresenta a vantagem de verdadeiramente alcançar os hipossuficientes, permitindo que identifiquem seu problema como jurídico²¹⁷.

Entretanto, considerando que a atuação coletiva e legislativa pode parecer mais eficiente, os citados profissionais podem descuidar dos interesses particulares de seus assistidos. Por outro lado, como normalmente sua atividade será dirigida contra os poderes públicos e parcela poderosa dos setores privados, estão constantemente sob ataques políticos, o que se agrava por serem essas agências financiadas pelo governo²¹⁸. Outrossim, considerando que os profissionais empregados são contratados para atuar em um número indefinido de casos, sua atuação pode tornar-se burocratizada e rotineira, em lugar da representação de alta qualidade - combativa e criativa - que se espera²¹⁹.

Ambos os modelos, como se vê, apresentam virtudes e vícios (muitos deles passíveis de correção com a adoção de algumas medidas, como teremos oportunidade de explicar). Talvez por isso, a Res. 67/187, da Assembleia Geral da ONU, ao instituir os Princípios e Diretrizes para os Serviços de Assistência Jurídica nos Sistemas de Justiça Criminal, não optou por nenhum deles, relegando sua escolha aos Estados-membros, desde que cumpram adequadamente sua função de assegurar o julgamento criminal justo, eficiente e humano (conforme §10).

A citada resolução traz inúmeros parâmetros a serem observados pelos esquemas de assistência jurídica que servirão de base para avaliação, ao lado dos atributos do defensor ideal antes delineados, dos sistemas português e brasileiro. Dentre as mais relevantes disposições está o dever de os Estados criarem os serviços de maneira acessível, efetiva, sustentável e digna de crédito. Nessa ordem de idéias, devem estimular a educação em direitos, como mecanismo de prevenção de condutas criminais. Entretanto, a despeito de organizarem a atividade, não podem interferir na organização da defesa e independência dos profissionais que a exercem (Princípio 2/ §15; 17/18; 16, respectivamente).

²¹⁷ CAPPELLETTI; GARTH, 1978: 29.

²¹⁸ CAPPELLETTI; GARTH, 1978: 29/30.

²¹⁹ SMITH R, 2011: 25.

Nesse ponto, os Estados deverão assegurar que os defensores possam atuar de forma livre e efetiva ao executar suas tarefas, seguros de que não serão alvo de qualquer intimidação ou assédio, sanções administrativas ou penais caso atuem de acordo com padrões éticos reconhecidos (Princípio 12, § 36). Também deverão assegurar que esses profissionais recebam treinamento e formação adequados, e possuem aptidões para realizar a função de defesa, criando mecanismos eficazes para receber queixas disciplinares contra esses (Princípio 13, §37/38).

Recomenda-se aos Estados, ainda, garantirem a assistência a todas as pessoas acusadas de delito sancionados com pena privativa de liberdade e/ou penal capital. Quando requeiram os interesses da justiça – urgência ou complexidade da causa – a assistência deve ser concedida independentemente dos recursos da pessoa (Princípio 3, § 20 e 21, respectivamente). No tocante a avaliação da miserabilidade do indivíduo, dispõe que os critérios devem ser amplamente conhecidos e, uma vez negado o pedido, deve poder ele recorrer da decisão. Não devem ser privados do serviço os sujeitos que superem os limites fixados, entretanto incapazes de contratar um advogado. De igual forma, enquanto aguardam a decisão sobre a concessão da gratuidade, devem receber assistência jurídica preliminar (Diretriz 1, § 41 'b', 'd', 'a', 'c').

Muitos outros princípios e diretrizes estão ali inseridos (totalizam 32, 14 daqueles e 18 dessa espécie), cuja apresentação se dispensa, por ora. Ao longo da exposição dos esquemas português e brasileiro, caso pertinentes, a eles será feita referência. Vejamos cada um deles!

3. O sistema de assistência jurídica gratuita português.

3.1 Antecedentes históricos.

O primeiro diploma legislativo que institui um regime de assistência judiciária em Portugal foi uma Lei de 31 de julho de 1899, inspirada na legislação francesa de 22 de janeiro de 1851, que regulava a matéria. Entretanto, deve-se esclarecer que, desde a época das *Ordenações Afonsinas*, havia normas que facilitavam o acesso do pobre à justiça, como aquela contida no livro 3º, título 4, § 2º²²⁰.

²²⁰ GUERRA, 1963: 31.

A referida lei foi baseada em três outros projetos apresentados a partir de 1860, arquivados em razão aparente desinteresse do parlamento pelo direitos dos pobres. Em síntese, o regime instituía uma Comissão de Assistência Judiciária, responsável por apreciar os pedidos de gratuidade, da qual não participavam advogados (alteração em relação às propostas anteriores). Das decisões da citada Comissão cabia recurso para o juiz, cujo âmbito cognitivo era tanto a pobreza alegada - não se exigia prova da indigência absoluta, mas apenas da impossibilidade econômica em função dos encargos do litígio - como a viabilidade jurídica da pretensão. Uma vez deferido o pedido, as despesas processuais eram dispensadas provisoriamente, e os advogados eram nomeados pelos juízes através de um sistema de escalas, não havendo qualquer compensação pelo trabalho. Autor e réu, num mesmo processo, não podiam beneficiar-se da gratuidade, que seria revogada caso fossem adquiridos bens suficientes ao custeio dos custos do processo²²¹.

O regime de assistência judiciária, com a edição do Estatuto Judiciário pelos Decretos 13809 e 15334, de 22 de junho de 1927 e 10 de abril de 1928, respectivamente, passou a ser regulamentado no título IV daquele diploma. Não houve alterações significativas em relação ao esquema anterior. Entretanto, deve-se destacar que advogados passaram a compor a Comissão que apreciava os pedidos de gratuidade. A recusa sem justa causa ao patrocínio correspondia a infração disciplinar (art. 852). O Ministério Público, excepcionalmente, podia exercer a tarefa inexistindo advogados na localidade, ou, havendo, estarem eles impedidos. A isenção das despesas processuais, entretanto, não abrangia as taxas de selos que deveriam ser apostas nos documentos que instruíam o pedido de gratuidade (atestados expedidos pela Câmara Municipal), de sorte que muitas pessoas viam-se impossibilitadas de formulá-lo. A pretensão não passava de uma “mera aspiração”²²².

Em 1944 o regime é substituído pelo DL 33548, apresentando-se inovador em relação ao anterior, pois estendia o direito à assistência judiciária a causas criminais, em proveito dos ofendidos e querelantes - art. 1, § único. Comentando a citada norma, *Carlos Babo* dirige-lhe duras críticas. Inicia por apontar que sua veiculação deveria vir no CPP. Conclui que inexistem razões para excluir os arguidos do direito à gratuidade, uma vez que a mera nomeação de advogado oficioso nas hipóteses em que a intervenção profissional fosse obrigatória não o protegia por completo²²³. Com efeito, muito embora essas nomeações lhes

²²¹ ALMEIDA COSTA, 1970: 13/16.

²²² SÁ: 1944, 114.

²²³ 1944: 2050/251.

assegurassem o direito à assistência técnica (art. 22, § 1º do CPP de 1929 e art. 49 do DL 35.007 de 1945), não estavam eles dispensados do pagamento de honorários, considerados custas judiciais nos termos do art. 194, 'f' do Código das Custas Judiciais²²⁴, em caso de condenação (art. 173, n. 1).

Outrossim, seguiu-se com o exame, pela Comissão, tanto das condições econômicas como viabilidade da pretensão – juízo de probabilidade extraído de uma apreciação sumária de uma prova de igual qualidade - para o deferimento do pedido. Controvertia-se a doutrina quanto à natureza deste pedido, se autêntica ação, ou mero procedimento. Não obstante a realização de instrução e da formação de contraditório (art. 16 e 15, respectivamente), a instabilidade da decisão ali proferida, a graciousidade do pedido, e a ausência de correspondência com as figuras do art. 4º do CPC, levavam a maioria concluir não se tratar de verdadeira ação²²⁵.

Todavia, a complexidade do procedimento para obtenção da assistência judiciária provocava dilações temporais indevidas, e deixava o requerente pobre desamparado até que fosse definitivamente concedida. Surge, então, a Lei 7/70 com vistas a superação desse obstáculo, é dizer: a eliminação da petição de assistência judiciária e intervenção de um órgão colegial. O juiz passa a decidir os requerimentos no próprio processo da causa (base VII, n. 1). Ademais, a partir a constatação de que o instituto era menos utilizado do que devia – em 1964 registraram-se apenas 1.015 pedidos - eliminou-se a exigência de o requerente demonstrar a viabilidade de sua pretensão (base III, n. 2), alargando-se a assistência a todas as jurisdições (base V). A dispensa de pagamento, por sua vez, abrangia também ao preparo, e não apenas as custas, solucionando-se o problema denunciado por *Octaviano Sá* acima referido (base I, n. 1)²²⁶. O Estado seguia, entretanto, sem a responsabilidade de compensar o trabalho dos advogados chamados em defesa dos carentes. Sobre estes é que recaia o ônus do pagamento, fossem vencedores ou vencidos, desde que adquirissem meios para o fazê-lo (base IX e X).

Ao alargar o direito à assistência a todas as jurisdições, também o fez em relação aos réus de processo-crime (base V, n. 4), representando verdadeiro avanço na matéria. Como visto, os arguídos pobres tinham a defesa patrocinada por advogados oficiosos

²²⁴ Eis o teor da norma: “Constituem custas em processo criminal: f) Os honorários atribuídos aos defensores oficiosos”. O art. 195, por sua vez, estabelecia o critério para cálculo desses valores.

²²⁵ GUERRA, 1963: 32/37.

²²⁶ VIDAL 1971: 8/11.

nomeados pelo juiz. Entretanto, deveriam arcar com os honorários desses em caso de condenação. Essa regulamentação, além de representar um ônus excessivamente oneroso aos acusados pobres – a execução forçada não tinha lugar apenas nas hipóteses em que o juiz se convencesse de que o mesmo não possuía qualquer capacidade de pagamento (art. 202, n. 4 do Código das Custas Judiciais) - fazia surgir um conflito de interesses, afinal o defensor era confrontado entre exercer uma defesa eficiente e quiçá deixar de ser remunerado, ou fazê-lo de forma desleixada e possivelmente receber os honorários.

Ademais, a inexistência de dispensa do pagamento das custas processuais limitava o direito ao recurso. Com efeito, por força dos arts. 187 e 190 do Código das Custas Judiciais, o arguido solto devia pagar o imposto de justiça para ver sua irresignação apreciada por tribunal superior. O réu preso, muito embora não lhe fosse cobrado tributo para interposição de recursos para o tribunal da Relação (art. 183, n. 2), devia recolher custas e multas, além do imposto de justiça, caso pretendesse ver conhecido um recurso para o STJ. A referida situação provocava uma autêntica discriminação odiosa, uma vez que o acesso à instância máxima era interdita aos arguidos pobres, incapazes que eram de fazer frente a esses custos²²⁷. Assim, em boa hora a Lei 7/70 corrigiu o problema.

Em 1976 é promulgada uma nova Constituição que, a respeito do tema, inicialmente previa ser a todos assegurado o direito de acesso a tribunais, “*para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*” (art. 20, n.1). Era a primeira vez que uma norma constitucional vinha tratar do tema. Ao comentá-la, *Mario Raposo* reconhece que a mesma deveria vencer sua literalidade para que a Constituição pudesse cumprir os objetivos que pretendia. Propunha, assim, que a garantia fosse interpretada no sentido de garantir ao pobre o acesso ao direito, não circunscrevendo-se a mera assistência judiciária, mas também à informação jurídica, tornando-os conscientes de suas responsabilidades e direitos, afinal de que adiantaria tê-los se desconhecidos? Para tanto, acreditava que a Ordem dos Advogados deveria auxiliar a implementação da referida garantia, independentemente da promulgação de qualquer legislação, seja através da criação de gabinetes de apoio jurídico nos seis conselhos regionais, a fim de promoverem a assistência pré-processual, articulados com os serviços de assistência judiciária; seja reconvertendo a assistência prestando a arguidos presos na fase de instrução preparatória,

²²⁷ VIDAL, 1971: 40.

evitando que a nomeação oficiosa recaísse sobre funcionários judiciais e agentes de polícia²²⁸.

Suas sugestões, entretanto, não foram imediatamente acolhidas. Aliás, adiante teremos oportunidade de explanar que até os dias de hoje a instalação dos gabinetes de consulta jurídica, nome que atualmente é dado aos organismos imaginados pelo citado autor, não é completa. Foi, então, preciso que a Lei Constitucional 01/82 alterasse o disposto no art. 20, para que os esquemas de assistência judiciária também compreendessem a assistência pré-processual²²⁹.

Diante dessa reforma, a Lei 7/70 apresentava-se desatualizada, uma vez que não englobava todos os aspectos da garantia. Nesse cenário, é promulgado o DL 387-B de 1987, que promoveu verdadeira revolução na regulamentação do direito à assistência jurídica não apenas por alargar seu âmbito de aplicação, mas sobretudo por atribuir ao Estado o ônus financeiro da implementação da garantia. Segundo aquele diploma, deveria o poder público assegurar uma adequada remuneração aos profissionais forenses que intervierem no sistema de acesso ao direito e aos tribunais (art. 3º).

No ponto, convém esclarecer que o TC, naquele mesmo ano, já havia afirmado que eram compatíveis com a nova ordem constitucional as regras da Lei 7/70 que impunham ao indivíduo o ônus de arcar com os honorários profissionais, desde que tivessem sua fortuna aumentada. Na prática, entretanto, o regime impunha sobre a classe dos advogados o ônus financeiro pelo funcionamento do esquema, afinal em raras hipóteses era verificada melhoria nas condições financeiras do beneficiário.

Questionava-se, portanto, a compatibilidade dessa situação com as normas dos arts. 13 e 47, n. 1, e art. 4º da CEDH, interpretadas como proibitivas de trabalho obrigatório ou forçado. O tribunal, entretanto, afirmou que a hipótese não se assemelhava a trabalhos forçados, uma vez que a legislação poderia impor limitações ao exercício da atividade profissional em vista do interesse coletivo revelado na garantia de acesso aos tribunais, até porque os advogados e solicitadores exerciam com exclusividade a profissão forense²³⁰.

²²⁸ 1977: p. 393/398.

²²⁹ Era essa a redação da norma: “1. Todos têm direito à informação e à protecção jurídica, nos termos da lei. 2. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. A esse respeito merece referência o fato de, já por ocasião da aprovação da Lei 7/70, alguns haverem proposto estender a assistência judiciária aos casos de necessária assistência pré-litigiosa e pós-litigiosa <MARQUES, 1970: 140>.

²³⁰ Conforme acórdão 433/87, Relator: Cons. Messias Bento.

A novel legislação, ademais, preocupava-se em assegurar a qualidade e eficiência dos serviços advocatícios colocados à disposição da população carente (art. 3, n. 2), o que, entretanto, era tido como boa intenção legislativa, pois a prática demonstrava que as nomeações recaíam sobre o primeiro profissional disponível, de sorte que a proteção jurídica afigurava-se com um conteúdo mais formal que substancial, em que apenas ocasionalmente o princípio da igualdade era realmente garantido²³¹.

Outrossim, relevante notar que a lei previa, para concretização do direito à proteção jurídica, tanto a realização de consultas jurídicas, compreendendo diligências extrajudiciais e mecanismos informais de solução controversias (art. 13, n. 1), como a concessão de apoio judiciário, esse consistente na dispensa total ou parcial de preparos e custas, como também no pagamento dos serviços do advogado ou solicitador (art. 15, n. 1).

No tocante à defesa oficiosa em matéria penal, a lei dispunha que os advogados ou advogados estagiários seriam nomeados de acordo com indicação formulada pela OA, salvo deixasse esta associação pública de apontar um nome nos cinco dias subsequentes à requisição, ou em casos urgentes, hipótese em que seriam livremente escolhidos pelo juiz (arts. 43 e 44, respectivamente).

Essa solução parece-nos desacertada, uma vez que dificulta o estabelecimento de relação de confiança entre o arguido e defensor, afinal a escolha recairá, de regra, sobre profissionais com quem o magistrado mantém relação de amizade ou cordilidade, podendo legitimamente questionar-se a lealdade do advogado: para com réu, ou ao amigo juiz que o nomeou. Sem falar que, como a presença de um defensor diligente aumenta a carga de trabalho do tribunal, em razão das múltiplas alegações que formulará em questionamento das hipóteses acusatórias, inconscientemente a nomeação pode ser orientada por este critério e não a qualidade profissional.

Ademais, comparando-se a disciplina com aquela relacionada às causas civis, verifica-se inexistir qualquer explicação lógica e razoável – a não ser a prevalência de interesses da persecução penal com grave desproteção de direitos fundamentais do arguido – para a admissibilidade de atuação de estagiários ser subsidiária nessas – autorizadas apenas nos casos de falta ou impedimentos de advogados (art. 32, n. 3) – e ordinárias nas causas penais (art. 43, n. 1).

²³¹ ALEGRE, 1989: 19/20.

Na sequência da publicação do DL 387-B, uma lei constitucional altera novamente o art. 20, entretanto, sem maiores mudanças para o sistema de acesso ao direito. Em verdade, aquela lei veio aperfeiçoar sua redação, adequando-a aos parâmetros instituídos pelo referido Decreto-Lei²³².

Entretanto, em 1997 a Constituição é novamente emendada, com alterações significativas do art. 20. Como forma de assegurar o direito de acesso ao direito, cria-se a figura do *advogado-amigo dos direitos fundamentais*²³³, através da instituição da garantia de não estar só, é dizer: verificando a essencialidade da presença do advogado para prevenção de abusos e contenção das autoridades estatais, passou a se prever que o indivíduo tem a faculdade de fazer-se acompanhar por advogado sempre que esse comparecimento possa se traduzir na compressão do gozo de direitos²³⁴.

Ademais, e agora com reflexos para o esquema de assistência judiciária, positivou-se a garantia da duração razoável do processo, ao que os inúmeros incidentes de apoio judiciário apresentavam-se como entrave. Nessa ordem de idéias, é promulgada a Lei 30-E/2000 com vistas a descongestionar os tribunais, de sorte que a apreciação dos pedidos de apoio judiciário passa a ser da competência dos serviços da Segurança Social. *Salvador da Costa*, criticando a referida disciplina, afirma que deixaram de funcionar critérios de julgamento rigorosos na matéria, mormente em razão da possibilidade de deferimento tácito do benefício, e a falta de critérios objetivos para sua concessão, além de ter provocado aumento exponencial dos custos da burocracia estatal, incompatíveis com os recursos nacionais²³⁵.

Em um ano de vigência do modelo verificou-se que as críticas a ele dirigidas não se mostraram de todo procedente. De fato houve um aumento considerável dos pedidos de apoio judiciário (duplicaram), possivelmente em razão da capilaridade dos serviços de Segurança Social, espalhado em todo o território em mais de 500 postos. Entretanto, os deferimentos tácitos representaram menos de 1% das decisões²³⁶.

²³² “1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário”.

²³³ Expressão referida por CANOTILHO/MOREIRA, 2007: p. 412.

²³⁴ MARQUES DA SILVA, 2001: 133/134.

²³⁵ 2013: 16/17.

²³⁶ PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2002: XII.

Além da desjudicialização dos pedidos de apoio judiciário, passou a ser da OA a competência exclusiva para nomeação de patrono (art. 32), disciplina, entretanto, que não abrangia o processo penal, em que houve manutenção do regime pretérito, com as mesmas deficiências já apontadas (arts. 43 e 44). Nessa área, também era o juiz da causa que decidia o requerimento de concessão de apoio judiciário (art. 42).

Aquela associação pública não estava, entretanto, preparada para assumir essas atribuições, mormente em razão do aumento do número de pedidos, muitos dos quais, na sua ótica, não deveriam ser concedidos. A isso se somava o descontentamento dos advogados com a baixa remuneração paga pelo Estado, prejudicando a qualidade da defesa oficiosa, mormente porque, na maioria dos casos, recaía sobre profissionais recém formados que não estão na advocacia por vocação²³⁷.

3.2 Regime atual: A Lei 34/2004 e modificações introduzidas pela Lei 47/2007.

Menos de dois anos após o início da vigência da Lei 30-E/2000, sentiu-se necessidade de introduzir rigor nos parâmetros de concessão da assistência jurídica, notadamente com o estabelecimento de um critério objetivo e transparente para orientar os órgãos de segurança social na análise dos pedidos de proteção jurídica, aos quais também buscava-se atribuir poder decisório sobre a concessão do apoio em processo penal²³⁸.

Nessa ordem de idéias, é editada a Lei 34/2004, posteriormente alterada pela Lei 47/2007. Os diplomas correspondem à atual normativa sobre o esquema de assistência jurídica português. Ao analisarmos o modelo, pretendemos avaliar quem são os sujeitos titulares do direito à assistência jurídica e as prestações colocadas a sua disposição, dirigindo-lhe, ao final, críticas.

3.2.1: Os beneficiários do esquema.

²³⁷ PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2002: 278/279.

²³⁸ Conforme proposta de Lei 86/IX, apresentada pelo Governo em 20 de maio de 2003, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=19794>, acesso em 08 de abril de 2015.

Pessoas físicas e coletivas podem ser titulares do direito à proteção jurídica nos termos da atual legislação. Tratando-se de garantia para cuja implementação há dispêndio de recursos, a norma não é extensível a generalidade das pessoas. Desse modo, no tocante aos indivíduos, o benefício abrange apenas os cidadãos portugueses, nacionais europeus, ou apátridas e residentes em país da União Europeia que demonstrarem insuficiência de recursos (art. 7, n. 1). Estrangeiros não residentes em Portugal farão jus ao direito caso as legislações nacionais também o façam em relação a nacionais portugueses, em consagração do princípio da reciprocidade (art. 7, n. 2). Convém esclarecer, ademais, que refugiados também estão abrangidos pela proteção, em razão do disposto no art. 16 da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, aprovada pelos DL 43.021 de 01 de outubro de 1960 e DL 207 de 17 de abril de 1975.

Entretanto, a referida legislação deve ser lida em conjunto com o disposto no art. 15 da CRP, que não sujeita o gozo de direitos fundamentais à cidadania portuguesa ou residência no território nacional, dos quais não se excluem os direitos de prestação, à exceção daqueles integrados nos sistemas sociais contributivos²³⁹. Ademais, tratando-se de apoio judiciário em matéria penal, há que se voltar também à garantia prevista no art. 32, n. 1, que assegura a todos, indistintamente, as garantias de defesa. Acrescente-se que os Estados partes da CEDH assumem a obrigação de garantir os direitos humanos consagrados no referido diploma, dentre as quais a garantia da assistência jurídica (art. 6, n. 3, 'c'), a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, havendo proibição de discriminação em razão da origem nacional (art. 1 c/c art. 14).

Nesse sentido, temos que, ao menos no tocante a estrangeiro pobre arguido em processo-crime, deve ser concedida a assistência jurídica, parecendo-nos inconstitucional qualquer interpretação da regra do art. 7, n. 1 e 2, da Lei 34/2004 que os exclua do esquema. Em abono do aqui argumentado, convém relembrar que o TC, em relação à norma semelhante contida na Lei 30-E/2000, afirmou ser a mesma ilegítima, pois importava em encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido²⁴⁰.

No tocante às pessoas coletivas, o art. 7, n. 3 exclui do âmbito protetivo do esquema aquelas exercentes de atividade económica com fins lucrativos. A assistência fica restrita, portanto, às pessoas morais, associações e fundações, cujo fim estatutário não seja a

²³⁹ CANOTILHO/MOREIRA, 2007: 357.

²⁴⁰ Conforme acórdão 433/2003, Relator: Cons. Gil Galvão.

percepção de lucro, limitando-se ao benefício do apoio judiciário (art. 7, n. 4). A análise desses dispositivos, considerando o escopo deste trabalho, seria despendida caso ainda se reconhecesse que *societas delinquere non potest*. Entretanto, o ordenamento jurídico português expressamente consagra a responsabilidade penal dos entes coletivos (art. 11, n. 2)²⁴¹, de sorte que também poderão ser sujeitos passivos de uma ação penal, havendo, portanto, interesse na sua apreciação crítica.

No ponto, em geral estamos de acordo com *Salvador Costa* quando afirma que a norma não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade ao excluir os entes exercentes de atividade econômica de seu âmbito de proteção. Com efeito, para agentes econômicos os custos da litigação devem ser encarados como custos de produção, de sorte a refletir no preço dos produtos ou serviços colocados à disposição do público. Caso o Estado admitisse renunciar receitas, ou remunerar advogados para realizar a defesa desses entes, acabaria por subsidiar o exercício da atividade econômica, desequilibrando, em tese, a concorrência²⁴². Desse modo, o legislador exerceu legitimamente sua margem de apreciação ao desenvolver a garantia prevista no art. 20.

No mesmo sentido, o TC afirma que a norma não viola o princípio da igualdade, uma vez que existe fundamento material bastante para tratar de forma distinta pessoas coletivas com e sem finalidade lucrativa: aquelas, por imposição legal, devem planificar os custos da litigação, ao passo que para essas eles aparecem como ocasionais²⁴³.

Julgamos, porém, que a referida interpretação merece um pequeno reparo: tratando-se de pessoas coletivas arguidas em processo penal, o direito não lhe pode ser negado caso demonstrem insuficiência de recursos. É que nessas hipóteses, para além da

²⁴¹ Uma vez constatado que a empresa é uma realidade social, nódulo essencial do modo de ser comunitário das sociedades pós-industriais, não era possível advogar a tese de que os entes coletivos não podiam se apresentar como centros geradores de imputação penal. Ora, reconhecendo-se a necessidade de punição das pessoas coletivas, justificada por razões de política criminal – eficientistas; e também a legítima reconformação das noções jurídico penais de ação e culpa, a responsabilidade penal tornou-se uma realidade. Com efeito, a partir da racionalidade material dos lugares inversos, constatou-se o extraordinário poder de conformação do direito em matéria de imputabilidade. Ademais, como as pessoas coletivas tem de atuar necessariamente através de seus órgãos e representantes, estabelecendo com esses relações *in altero*, tem sentido fazê-las responder solidariamente por comportamentos que esses venham a ser condenados. <FARIA COSTA, 1992: 537/559>.

²⁴² 2013: 45.

²⁴³ Conforme acórdão 216/2006, Relator: Cons. Carlos Pamplona Oliveira. Convém esclarecer que a matéria não era de todo pacífica: houve quatro votos vencidos e, no acórdão 279/2009, o Tribunal havia reputado a norma inconstitucional. A análise da evolução legislativa também denota que por vezes o direito é assegurado a todas as pessoas em situação de insuficiência de recursos, e noutras oportunidades excluem-se as pessoas coletivas exercentes de atividade econômica. Aliás, a redação original do art. 7 não fazia qualquer distinção.

garantia geral de acesso ao direito e tribunais, incide a norma do art. 32, n. 1 da CRP, de que também são titulares as pessoas coletivas (art 12, n. 2)²⁴⁴, afinal podendo ser sujeitos ativos de crime, inexoravelmente decorre serem titulares das garantias de defesa. E, como temos afirmado, a assistência jurídica representa garantia das garantias de defesa.

Ressalte-se que a conclusão acórdão do TC antes referido não é abalada pela posição ora assumida, até porque a hipótese sequer foi aventada pelos juízes quando do julgamento do recurso. Centrou-se a discussão sobre custos da litigação e necessidade de planejamento empresarial, não podendo se inferir que aí fossem englobadas despesas para defesa em processo penal, necessariamente ocasional, a menos que se tratasse de uma empresa criminal.

Ademais, todos os pretendentes à percepção do benefício deverão demonstrar insuficiência de recursos – aliás essa sempre foi a regra no regime português, o que irá contrastar em parte com o brasileiro, como adiante teremos a oportunidade de explicar. Por insuficiência econômica entende-se a situação em que o sujeito não está, pontualmente, em condições objetivas de suportar os custos do processo (art. 8).

Inovação introduzida pela Lei 47/2007 foi a previsão de fórmulas matemáticas para apreciação da carência de recursos (art. 8, n.1 c/c Anexo à Lei), acentuando a objetividade de seus critérios de concessão, em conformidade com as orientações da ONU a respeito da matéria – Res. 67/187. Em regra, fazem jus ao direito pessoas cujo rendimento do agregado familiar seja igual ou inferior a duas vezes e meia do valor do indexante de apoio social (art. 8-A, n. 1, ‘b’). Convém esclarecer que, quando o rendimento foi igual ou inferior três quartos desse indexante, as consultas jurídicas são inteiramente gratuitas (art. 8-A, n.1, ‘a’). Não o sendo, deverão os beneficiários suportar uma taxa, à razão de € 30,00 (art.8-A, n. 4 c/c art. 1, n. 5 da Portaria 10/2008).

Por agregado familiar entende-se o conjunto de pessoas que viva habitualmente, e não ocasionalmente, em economia comum com o pretendente à proteção jurídica (art. 8, n. 3). Entretanto, quando o litígio se der com pessoa da família, os rendimentos dessa pessoa não devem ser considerados para qualquer efeito, desde que requerimento expresso seja

²⁴⁴ A atribuição de direitos dessa jaez a pessoas coletivas se fundamenta no reconhecimento da sua importância para realização dos prejetos de vida do homem, afinal, por detrás delas, existirá sempre a pessoa humana, cuja dignidade se irradia e estende seu campo de proteção <VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 119/120>. Assim, se pessoas singulares, por ostentarem essa qualidade e serem partes na comunidade política, desfrutam de todos os direitos fundamentais (*universalidade*), as pessoas colectivas, dada sua instrumentalidade, apenas desfrutam daqueles compatíveis com a finalidade para qual foram criadas. <MIRANDA; MEDEIROS, 2010: 210>.

formulado (art. 8, n. 7). Dessa norma pode ser extraído que apenas devem ser considerados os rendimentos passíveis de utilização pelo requerente do apoio. Já não assim, caso não possa usufruir da renda de algum ou alguns membros do respectivo agregado²⁴⁵.

Daí o permissivo do n. 6, do art. 8-A, introduzido pela Lei 47/2007, autorizando que a apreciação da carência de recursos tenha em conta apenas o rendimento do próprio requerente. Corrigiu-se, assim, o vício de inconstitucionalidade proclamado pelo TC em diversos em acórdãos (273/08, 274/2008, 359/08 e 313/09)²⁴⁶.

Por fim, vale lembrar que, excepcionalmente, admite-se a concessão do direito a pessoas cujo rendimento for superior ao limite legal, nas hipóteses em que os custos da litigação forem tão altos que o indeferimento importaria em manifesta negação do acesso ao direito e tribunais (art. 8, n. 8). A legislação introduz, portanto, uma cláusula de escape, de sorte a evitar que concretamente sua aplicação pudesse conduzir a manifestas iniquidades.

Indeferido o benefício administrativamente, o requerente poderá impugnar a não concessão judicialmente, decisão esta, por sua vez, irrecurável (arts. 27 e 28). Como inexistente previsão de um preceito do duplo grau de jurisdição em matérias não penais, acredita-se que a norma não padeça de inconstitucionalidade, mormente em razão das fórmulas legais empregadas, que reduzem a margem de apreciação do tribunal²⁴⁷.

Por fim, cumpre esclarecer o âmbito de aplicação do direito à assistência jurídica não é restringido por qualquer análise da viabilidade jurídica da pretensão, uma vez que o art. 21 foi revogado pela Lei 47/2007. Não nos deteremos sobre o tema, uma vez que em matéria de defesa criminal, tratando-se de intervenção obrigatória, esta nunca careceria de amparo.

3.2.2: As prestações em espécie.

Uma vez analisados os sujeitos titulares do direito à proteção jurídica, importa saber qual seu objeto, é dizer: no que consistem. A esse respeito, dispõe o art. 6º que a proteção abrange a consulta jurídica e o apoio judiciário. Esse por sua vez, compreende, nos termos

²⁴⁵ COSTA, 2013: 61.

²⁴⁶ Conforme acórdão 433/2011, Relator: Cons. João Cura Mariano.

²⁴⁷ Nesse sentido, “a protecção do direito ao recurso passa pela sua não afectação substancial "enquanto via de defesa contra actos jurisdicionais e de controlo da objectividade da realização do direito" (cfr. o acórdão nº 715/96, ainda inédito, entre outros), sem prejuízo de, respeitado esse limite, o legislador ordinário poder ampliar ou restringir os recursos” <Acórdão 259/1997, Relator: Cons. Tavares da Costa>.

do art. 16: 1) a dispensa de taxas e demais encargos com o processo; 2) a nomeação e pagamento da compensação de patrono; 3) o pagamento da compensação de defensor oficioso; 4) o pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo; 5) a nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; 6) o pagamento faseado da compensação de defensor oficioso; 7) e a atribuição de agente de execução. Atendendo-se ao âmbito restrito de nosso estudo, serão tecidas considerações apenas em relação a consulta jurídica e às prestações referidas em 1), 3), 4), e 6).

A primeira prestação – consultas – corresponde a esclarecimentos técnicos sobre direito aplicável a uma questão concreta ou em vias de acontecer (art. 14). Não se confunde, portanto, com as atividades de divulgação do direito, é dizer: do esclarecimento genérico sobre o ordenamento jurídico, caso em que tratar-se-á do direito à informação jurídica (art. 4º), garantido à generalidade das pessoas, e levado a efeito por ações do Ministério da Justiça em colaboração com entidades não governamentais.

As consultas, nos termos do art. 15, devem ser prestadas em gabinetes de consultas jurídicas, tendo a Lei 47/2007 inovado no ponto ao prever poderem ter lugar nos escritórios de advogados que adiram ao sistema de acesso ao direito – o que certamente trará alguns problemas no tocante à compensação estatal por esse serviço, notadamente pelas dificuldades de confirmação de sua ocorrência²⁴⁸.

A previsão da existência e instalação dos gabinetes de consulta jurídica data de 1987, muito embora o primeiro gabinete tenha sido constituído em 1974 por iniciativa voluntária da Ordem dos Advogados²⁴⁹. Entretanto, passados mais de 25 anos de previsão legislativa seu funcionamento está longe de ser ideal: a própria lei prevê que o serviço deverá cobrir tendencialmente todo o território nacional (art. 15, n. 2), em reconhecimento de que não atingiu a universalidade esperada.

Paradoxalmente, já no ano de 2002, estudos constataram, contrariando a expectativa de afirmação e consolidação desse serviço, terem caído o número de consultas, mesmo naqueles locais em que eram ofertadas há mais tempo, como em Lisboa, onde em 1984 teriam sido realizados 4.504 atendimentos, e, em 2011, apenas 2.130²⁵⁰.

A tendência de queda manteve-se nos anos seguintes: em 2008, nacionalmente haviam sido registradas 4.676 atendimentos, ao passo que em 2010 o número atingiu apenas

²⁴⁸ GONÇALVES; VIANA, 2009: 21.

²⁴⁹ PEDROSO/TRINCÃO/DIAS, 2002: 466/467.

²⁵⁰ PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2002: 468.

2.525 consultas, representando queda de cerca de 46%²⁵¹. Tais fatos soam ainda mais curiosos dada a situação de crise econômica experimentada pelo país a partir de 2008, fator inegável de aumento de conflitos, em razão, por exemplo, da perda de capacidade de pagamento de muitos devedores.

Esses dados, somados ao fato de que, entre setembro de 2008 a junho de 2009, as nomeações para realização de consultas jurídicas atingiram apenas de 0,5% do total de indicações promovidas pela Ordem dos Advogados²⁵², revelam que o esquema de assistência jurídica português ainda centra-se com exclusividade na assistência judiciária, é dizer: processual. Entretanto, considerando que a divulgação e aconselhamentos jurídicos são tidos como fatores de prevenção à criminalidade (Princípio 2, § 17 da Res. ONU 67/187), o esquema não deveria poder prescindir da assistência pré-processual como faz.

Além de consultas jurídicas, o direito de acesso compreende o benefício da dispensa das custas processuais, conforme conceito previsto art. 3º do DL 34/2008, em que estão abrangidas as taxas de justiça e encargos processuais, como a remuneração de peritos (art. 16, 'h' c/c art. 17). A lei 47/2007 eliminou a possibilidade de a dispensa ser parcial, de sorte que se a incapacidade financeira do requerente não for total, deverá ele se beneficiar do pagamento faseado, isto é, parcelado/diferido das quantias. Convém lembrar que, tratando-se de processo-crime, apenas haverá responsabilidade por pagamento de custas caso o arguido seja condenado, ou tenha seu recurso totalmente improvido (art. 513, n. 1 do CPP). Não há, portanto, adiantamento de custas (art. 514, n. 1 do CPP).

O esquema abrange, outrossim, o pagamento de compensação ao advogado oficioso nomeado para exercer a defesa técnica, cujo procedimento cabe inteira e exclusivamente à OA (art. 30, n. 1), mesmo nas hipóteses urgentes, uma vez que esta deverá recair sobre profissional que se encontrar no local e cujo nome conste de lista elaborada pela instituição (art. 41, n. 2), de sorte que, atualmente, o juiz é totalmente alheio ao processo de designação de defensores²⁵³. Corrigiu-se, portanto, um equívoco dos regimes anteriores, em ordem a conferir maior independência ao advogado, ciente de que o juiz não poderá interferir no

²⁵¹ PORTUGAL, 2011: 1.

²⁵² GONÇALVES; VIANA, 2009: 19.

²⁵³ Convém esclarecer que no 1o. Relatório de monitorização do sistema de acesso ao direito foi identificado que muitos juizes mostravam-se reticentes em observar as escalas elaboradas pela OA na nomeação de advogados <GONÇALVES; VIANA, 2009: 31>. O *Instituto de Acesso ao Direito* fez a mesma constatação, muito embora tenha sido reconhecido tratarem-se de hipóteses pontuais, provocadas, em regra pela pouca disponibilidade de alguns magistrados em aguardar a chegada dos advogados escalados até o tribunal, o que pode demorar até 01 hora <2012: 12>.

processo de nomeação e dispensa de patrocínio (art. 42), salvo nas hipóteses de substituição por justa causa²⁵⁴, a pedido do arguido (art. 66, n. 3 do CPP).

Ademais, a Lei 34/2004, na sua versão original, dispunha não ser atendível nas causas cíveis as indicações de advogado promovidas pelo requerente, quando aquele aceitasse a indicação, rompendo com antiga tradição – desde o DL 33.548 de 1944 era admitida (art. 22, § 1º). Todavia, no tocante aos processos-crime, a mesma vedação não existia. Ao revés, era expressamente facultado ao réu a escolha, a qual deveria recair em profissionais constantes de uma lista elaborada pela OA (art. 39, n. 2 c/c art 40)²⁵⁵.

A Lei 47/2007, sob o pretexto de desincentivar o recurso a defensores oficiosos por arguidos que não estivessem em situação de insuficiência económica²⁵⁶, alterou o regime de nomeação, interditando a possibilidade de eleição. De regra, as nomeações serão realizadas pela OA, mediante solicitação de secretarias dos tribunais, após constatarem previamente a insuficiência económica do arguido, que deverá, por ocasião da prestação de termo de identidade e residência, oferecer documentos comprobatórios de sua situação económica (art. 39, n. 4 e 5).

Destaque-se que a concessão de apoio judiciário por funcionários dos tribunais é provisória, cabendo aos serviços de Segurança Social sua apreciação definitiva (art. 39, n. 6). Indeferido o benefício, ou não sendo este requerido, é o arguido o responsável pelo pagamento da compensação devida ao advogado oficioso. Entretanto, essa obrigação tem lugar apenas nas hipóteses de condenação, e consiste no reembolso de quantia ao Instituto

²⁵⁴ Em que pese tratar-se de conceito jurídico indeterminado, considerando que a relação entre acusado e defensor é baseada na fidúcia, entende-se que as hipóteses de justa causa sempre terão lugar quando houver quebra de confiança. Nesse sentido manifesta-se o Tribunal da Relação de Coimbra: “O defensor oficioso nomeado só pode ser substituído por justa causa. 2. Esta deverá ser entendida como todo e qualquer motivo que, após a nomeação, gere uma quebra de confiança do arguido no seu defensor e deste modo debilite a eficácia da defesa. 3. Não existindo justa causa, se o arguido quiser que outro advogado assum a sua defesa terá de o constituir como tal” <Processo: 58/05.8PBAVR-A.C1, Relator: Esteves Marques>”.

²⁵⁵ Art 39, n. 2: “A nomeação é antecedida da advertência ao arguido do seu direito a escolher e constituir defensor e a requerer a concessão de apoio judiciário, podendo neste caso escolher de acordo com as disponibilidades de patrocínio a assegurar em regulamento aprovado pela Ordem dos Advogados, e que, não constituindo defensor, nem requerendo a concessão de apoio judiciário, ou este não lhe sendo concedido, pode ser responsável pelo pagamento dos honorários do defensor, bem como das despesas em que este incorrer com a sua defesa”. Art. 40, n. 1: “A autoridade judiciária a quem incumbir a nomeação disponibiliza ao arguido listas de advogados para efeitos da escolha de defensor. 2 - As listas referidas no número anterior são elaboradas nos termos do regulamento previsto no n.º 2 do artigo anterior, aprovado pela Ordem dos Advogados”.

²⁵⁶ Conforme exposição de motivos da Proposta de Lei 121/X, apresentada pelo governo, acessível através da hiperligação: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33432>, acesso em 10 de abril de 2015.

de Gestão Financeira e das Infra-Estruturas da Justiça (art. 514 do CPP c/c art, 16, n. 1, ‘a’ do DL 34/2008 e art. 39, n. 7, 8, 9 da Lei 34/2004)²⁵⁷.

Acrescente-se que, de acordo com o novo regime, apenas participam do esquema advogados que voluntariamente pretendam o fazer (art. 45, n 2 c/c art. 10, n. 1 da Portaria 10/2008). Antes, considerando o dever profissional de colaboração no acesso ao direito (art. 85, ‘f’ do EOA), as nomeações recaíam sobre quaisquer profissionais. O advogado poderá indicar, ademais, sua área preferencial de atuação (art. 3, 2 ‘h’, do Regulamento 330-A/2008 do Conselho Geral da OA).

Em 2011, segundo dados do Instituto de Acesso ao Direito, 10.378 advogados participavam do esquema de assistência, atendendo as 127 comarcas existentes. Desses, mais da metade (5.717) eram profissionais com tempo de profissão superior a 10 anos²⁵⁸. Cotejando-se esse número com dados da Direção-Geral de Política de Justiça²⁵⁹, percebe-se que cerca de 37% dos advogados portugueses participa do regime de acesso ao direito.

Cumpra esclarecer, outrossim, que a compensação dos profissionais deve ser realizada até o termo seguinte do mês em que é devido (art. 45, n. 1, ‘j’, da Lei 34/2004), sendo os valores previstos na Portaria 1386/2004, do Ministério da Justiça. Estes variam de acordo com o rito do processo-crime (item 3.1 do anexo), sendo pagas autonomamente: as intervenções em recursos ordinários e extraordinários (item 3.4 do anexo); a assistência a arguidos presos (item 7 do anexo); e deslocamentos até estabelecimentos prisionais (item 08 do anexo).

3.3 Avaliação crítica.

Analizados os contornos do regime de assistência jurídica em matéria penal, é chegada a hora de verificar se de fato ele cumpre sua finalidade, é dizer: se proporciona a almejada defesa criminal efetiva. Aliás, considerando que a garantia de acesso a justiça é,

²⁵⁷ No ponto, divergimos de *Salvador Costa* quando afirma que a responsabilidade pela compensação devida ao advogado oficioso cabe ao arguido independentemente de ser condenado ou absolvido <2013: 216>. Os princípios da inerência e da causalidade, extraídos dos arts. 513 e 514 do CPP, revelam que apenas devem suportar as taxas de justiça e encargos processuais o sujeito cuja atividade que deu causa a instauração do processo, é dizer: o arguido condenado. Com efeito, impor esse ônus ao acusado quando, ao final descobriu-se inocente, é ilógico: sanciona-se alguém cuja responsabilidade foi negada. Em abono do aqui defendido: ALBUQUERQUE, 2011: 1265/1258.

²⁵⁸ 2012: 16/17.

²⁵⁹ Disponíveis *on-line* através da hiperligação <http://www.siej.dgpi.mj.pt>, acesso em 10 de abril de 2015.

muitas vezes, requisito para gozo e desfrute dos demais direitos fundamentais, tem sido preocupação constante do legislador português garantir a eficiência e qualidade do regime de acesso ao direito: desde o DL 387-B há normas dispondo sobre a questão (art. 3, n. 2; art. 3, n. 2 da Lei 30-E/2000), não sendo diferente com a atual legislação (art. 3, n. 1 c/c art. 45, n. 1, 'a'). Há, inclusive, a previsão da existência de uma Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito. O citado órgão é composto por nove membros, sendo quatro indicados pela OA e cinco pelo governo (art. 32 da Portaria 10/2008).

No ponto, a primeira crítica deve ser dirigida ao sistema: sua construção se baseia exclusivamente na opinião de técnicos, pertençam eles à classe profissional dos advogados, ou do corpo auxiliar do governo. Parece não haver preocupação em relação à visão dos utentes do serviço, que não compõem a Comissão que acompanha sua implementação, nem mesmo são consultados por ocasião das apresentações das reformas legislativas. Veja-se que, por ocasião da apresentação da Proposta de Lei 121/X, que deu origem à Lei 47/2007, foram consultadas todas as associações que reúnem profissionais ligados ao direito²⁶⁰. O mesmo não se deu em relação a associações que reúnem vítimas de crime, consumidores, sindicatos, moradores de bairros sociais, grupos e organizações não-governamentais de defesa de direitos humanos, entidades privadas de assistência social, todos excluídos do processo de alteração legislativa.

Assim, o sistema de acesso ao direito tem correspondido ao que pensam os advogados, desenhado segundo as capacidades - e algumas vezes interesses – suscetíveis de serem oferecidas pelas corporações profissionais. O esquema é moldado segundo a oferta e não a demanda, de cima para baixo, de sorte que muitas vezes haverá *gaps* entre as necessidades reais dos utentes do serviço e aquelas percebidas pelos profissionais²⁶¹.

Não é de se estranhar, portanto, que as conclusões do 1º relatório de monitorização do sistema tenham feito referência exclusiva a questões referentes ao pagamento da compensação (atraso, dificuldades de confirmação dos atos praticados, desatualização do valor), necessidades de atualização e compatibilização das plataformas informáticas criadas para gestão do sistema. Surpreendentemente, no tocante às consultas jurídicas, nenhum questionamento foi dirigido ao porquê do pequeno número dessa atividade, reconhecida

²⁶⁰ Conforme página 04 do documento (ver nota 258).

²⁶¹ BLANKENBURG, 2002: 114.

como marginal. Ao revés, as conclusões disseram respeito à necessidade do estabelecimento de mecanismos de confirmação da prestação do serviço²⁶².

A mesma tendência se verificou no estudo realizado pela Direção Geral de Política de Justiça sobre a figura do defensor oficioso. Após análise do direito comparado, em que se constatou que no espaço europeu a maioria dos esquemas recruta advogados privados para desempenhar a tarefa, concluiu que o regime não devia ser modificado. Segundo o estudo, a inscrição profissional do defensor oficioso no órgão de classe garantiria a qualidade profissional, não se vislumbrando qualquer aumento dessa com o emprego de advogados públicos, fato que apenas provocaria um indesejado crescimento da máquina pública²⁶³. Não foram ouvidos os utentes dos serviços, não foi avaliada a eficiência da defesa (números de recursos interposto, índices de sucesso).

Para além da construção do modelo de forma vertical, temos que a reforma introduzida pela Lei 47/2007 interdita qualquer possibilidade de escolha do profissional pelo beneficiário, torna-o mais autoritário. Convém esclarecer que a medida adotada, a nosso juízo, é completamente desconforme aos fins a que se destinava. Se não se tem dúvidas de que, num quadro de escassez de recursos, a concessão do benefício da proteção jurídica deve ser submetida a critérios de julgamento rígidos, não se visualiza como a impossibilidade de eleição do defensor auxilia o referido processo decisório.

Não fosse isso, como exposto ao tratarmos do modelo ideal de defensor, a possibilidade de escolha – ainda que limitada aos advogados voluntariamente inscritos no sistema de acesso ao direito – contribui para a construção de maiores vínculos de confiança entre acusado e defensor, em otimização da defesa: não duvidando o réu da lealdade do advogado que o assiste normalmente irá confidenciar-lhe fatos importantes, coordenando-se defesa técnica e autodefesa²⁶⁴.

Curioso notar que o principal argumento contrário à adoção do modelo do *salaried staff* em Portugal é justamente a independência do advogado público em relação ao governo que o emprega, muitas vezes parte contrária na relação processual²⁶⁵. Não obstante serem justas as preocupações, descuidam-se em avaliar a percepção do arguido a respeito do tema. Como exposto anteriormente ao tratarmos do modelo de defensor ideal, quando o acusado é

²⁶² GONÇALVES; VIANA, 2009: 48/52.

²⁶³ PIAZENTIN; GONÇALVES 2010: 40/41.

²⁶⁴ Vide nota 192.

²⁶⁵ COSTA, 2013: 24. INSTITUTO DO ACESSO AO DIREITO, 2012: 16.

alheio ao processo de escolha do advogado, seja este público ou privado, tende a encará-lo com desconfiança. Releva, portanto, a origem da compensação financeira e não o regime jurídico²⁶⁶.

Ademais, dividindo o profissional seu tempo de trabalho entre clientes (aqueles dos quais é mandatário, sendo remunerado para tal) e beneficiários do apoio judiciário, correr-se o risco de, inconscientemente, este planejar sua atuação com vistas a obter maiores êxito naquelas causas e, assim, construir melhor sua imagem e reputação, aumentando seus ganhos financeiros²⁶⁷.

A impossibilidade de escolha, a ausência de exclusividade, e a disciplina do sigilo profissional, cujo levantamento é permitido a partir de uma ponderação de interesses²⁶⁸, ao que se somam algumas equivocadas decisões permitindo a tomada de depoimento do advogado contrariamente aos interesses do réu, contribuem para o não estabelecimento de uma relação de proximidade, em franco prejuízo a defesa criminal.

O regime instituído pela Lei 47/2007, entretanto, merece aplausos no ponto em que tornou completamente alheio o Poder Judiciário do processo de nomeação dos defensores oficiosos, uma vez que tende a assegurar maior independência na atuação profissional. Outrossim, ao tornar voluntária a participação dos advogados e prever a possibilidade de que estes escolham as áreas de atuação, virtualmente elevou a qualidade do sistema, afinal o advogado tenderá a escolher matérias com as quais tem familiaridade e se especializou.

Entretanto, por não exigir o contínuo aperfeiçoamento dos profissionais que compõem o esquema, em tese, falha em garantir a defesa de qualidade. Com efeito, nos termos do art. 2º, n. 2 c/c art. 3º do Regulamento 330-A/2008, para particiar no sistema de acesso ao direito basta que o profissional esteja regularmente inscrito nos quadros da OA. Como visto, entretanto, o direito está em constante transformação, de sorte que a atualização do profissional afigura-se imprescindível, mormente daquele cujo público alvo tende a ser ignorante, em razão da relação direta entre o fenômeno da pobreza e qualificação educacional.

Não é a toa que mesmo após a reforma do CPP em 2007 - pela qual foi assegurado o direito de consulta aos autos do inquérito (art. 89), com nítidos benefícios à defesa, uma

²⁶⁶ Vide nota 189.

²⁶⁷ Vide notas 197 e 198.

²⁶⁸ Vide notas 175 a 177.

vez que pode adequadamente ser planejada²⁶⁹ - foi constatado que a participação de advogados nessa fase inicial não se fez sentir significativa, restringindo-se às hipóteses de intervenção obrigatória (interrogatório de arguido detido e debate instrutório). A falta de conhecimento efetivo das alterações ou a inércia de sua atuação foram apontados como causa desse fenômeno que, entretanto, não se verificava nos casos em que os arguidos possuíam nível socio-econômico mais elevado²⁷⁰.

Por outro lado, a ausência de previsão de outros critérios de qualificação profissional além da regular inscrição nos quadros da OA, coloca, em tese, a defesa oficiosa em patamar inferior ao da acusação. Com efeito, os membros do MP, além de serem recrutados após a aprovação em certame público, devem anualmente participar de pelo menos duas ações de formação contínua (art. 88-A, n. 2 da Lei 47/86), determinadas a partir de um imperativo de honestidade intelectual. Nessa carreira, o processo de aperfeiçoamento é tido como uma dimensão indispensável da capacidade para o exercício da profissão, a partir da constatação de que seus membros devem estar constantemente ao corrente da evolução das instituições e de sua repercussão no direito, afinal à complexidade jurídica acresce-se a expectativa de que compreendam o fenômeno social que está no lastro dos processos nos seus diferentes contextos²⁷¹.

Por sua vez, o esquema de compensação financeira instituído pela Portaria 1386/2004, sem adentrar ao mérito da (in)suficiência das quantias ali estalecidas, parece estimular a qualidade do sistema, uma vez que, além dos valores pagos pela assistência jurídica prestada na primeira instância, são pagos valores especificamente pela interposição de recursos. Ora, havendo estímulo financeiro para prática desses atos, tendencialmente mais recursos serão manejados em favor tanto do acusado beneficiário do apoio judiciário, como também do próprio sistema de justiça criminal, diante da maior credibilidade das decisões revistas em segunda instância.

Também a compensação específica pelo deslocamento do advogado até o estabelecimento prisional ou para contato com arguido preso ou detido junto de entidades policiais, em tese, estimula a prática desse ato que, como visto ao traçarmos o perfil do

²⁶⁹ A exclusão da publicidade no inquérito tinha por objetivo primordial proteger a investigação, servindo o interesse do Estado na realização de uma justiça serena, livre da intromissão de terceiros e do arguido que, pelo conhecimento antecipado dos fatos e provas, pudesse perturbar seu processo de apuração <GASPAR, 2008: 350>.

²⁷⁰ GOMES, 2008: 87/89.

²⁷¹ GOMES, 2011: 339.

defensor ideal, é essencial para construção dos laços de confiança entre este e o acusado. Entretanto, não há previsão de compensação pela atuação do advogado no processo de execução de penas, de sorte que esta deverá ocorrer nos termos do n. 13 (outras intervenções de patronos oficiosos), em que é impossível estabelecer uma relação equânime entre trabalho realizado e valor pago.

O baixo valor da compensação – corresponde àquela prevista para o processo sumário – somada à disciplina prevista no CEP – de questionável compatibilidade com a ordem constitucional, como antes exposto – certamente não permitem o exercício de uma defesa efetiva, uma vez que a fase da execução das penas geralmente não é acompanhada de perto pelo profissional, favorecendo o cenário de sobrelotação dos estabelecimentos prisionais noticiada pelo CPT²⁷².

O sistema parece, desse modo, não aproveitar todas as potencialidades do modelo do *judicare*, afinal não permite ao beneficiário escolher o advogado que o irá defender; é construído apenas de acordo com os anseios dos profissionais que dele participam, não necessariamente coincidentes com os interesses dos usuários; ao que se somam as graves deficiências da assistência jurídica no processo de execução de penas, de sorte que deveria receber ajustes.

4. O sistema brasileiro de assistência jurídica gratuita.

4.1 Antecedentes históricos.

A Defensoria Pública é órgão de provedoria de justiça, essencial, portanto, à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do necessitado, assim entendido como aquele que comprovar insuficiência de recursos (art. 134 c/c 5º, LXXIV da CF/88). Apesar de alçada a nível constitucional em 1988, sua existência data de pelo menos seis décadas. Desse modo, soa importante olharmos para trás e percorrer o caminho de consolidação desse órgão estatal encarregado de promover o acesso do pobre à justiça, para melhor compreender suas atuais funções e desenho institucional.

A despeito de haver afirmado que a história da Defensoria Pública iniciou-se há seis décadas, o ponto de partida de nossa análise não será esse marco temporal, mas sim data

²⁷² 2013: 9.

muito anterior, uma vez que a acreditamos ter a história da Defensoria Pública intrínseca relação com a origem do acesso dos hipossuficientes à justiça, já que o relevante serviço prestado pelo órgão é apenas uma das modalidades de sua promoção. Assim, voltaremos nossos olhos para a norma constitucional de 1934, pois ali consagra-se pela primeira vez o direito fundamental à assistência judiciária gratuita, determinando-se a criação de órgão estatal para sua prestação.

4.1.1 A Constituição de 1934 e o regime da prestação de assistência jurídica ao pobre.

Vitoriosa Revolução de 1930²⁷³, o poder triunfante pelas armas passava a exercer discricionariamente, e em toda a sua plenitude, as funções e atribuições executivas e legislativas. O Governo Provisório instaurado perdurou por três anos, até que, pressionado pela Revolução Constitucionalista de 1932²⁷⁴, ocorrida em São Paulo, houve eleição e instalação da segunda assembleia constituinte republicana.

A Constituição de 1934 é, assim, fruto de ambos os movimentos revolucionários, e das mudanças operadas pelo Governo Provisório. As preocupações sociais, antes vistas como questão de polícia, ganham proeminência, sobretudo em razão da composição da assembleia constituinte: dos 214 deputados, 40 eram classistas – 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, 3 dos profissionais liberais, e 2 dos funcionários públicos²⁷⁵.

Natural, portanto, que os referidos constituintes agissem motivados pelos ideais de proteção da classe de trabalhadores – melhoria de condições de trabalho, renda, saúde –

²⁷³ Golpe militar que depôs o presidente Washington Luis, e impediu a posse do presidente eleito Julio Prestes, marcando o fim da República Velha e da política do café-com-leite (alternância de poder entre as elites agrárias mineira e paulista). Os vitoriosos de 1930 compunham um quadro heterogêneo, tendo se unido contra um mesmo adversário, os velhos oligarcas, representantes da classe dominante de cada região do país, desejoso apenas de maior atendimento a sua zona de influência e soma pessoal de poder, com um mínimo de transformações. Representavam, em sua maioria, a classe média burguesa: militares, técnicos diplomados, jovens políticos <FAUSTO, 1995: 326/327>.

²⁷⁴ Revolta armada ocorrida no estado de São Paulo entre julho a outubro de 1932 contra o governo federal, animada pela dúvida quanto à convocação de eleições, e temas relacionados à autonomia e superioridade daquele estado da federação. Embora vitorioso, o governo percebeu a impossibilidade de ignorar a elite paulista. Esses, por sua vez, teriam de estabelecer algum compromisso com o governo <FAUSTO, 1995: 340/350>.

²⁷⁵ BONAVIDES; DE ANDRADE, 2003: 325.

positivando os direitos sociais, até então ignorados pela ordem jurídica anterior, de nítida inspiração liberal.

Nesse contexto do Estado Social de Direito que vinha a ser instaurado pela nova ordem constitucional²⁷⁶, aparece, pela primeira vez, direito do hipossuficiente à assistência judiciária gratuita. Dispunha o art. 113, n. 32: *“A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”*.

Como se vê, a norma constitucional, para além de consagrar o direito à gratuidade de justiça (isenção de custas e emolumentos) e à assistência judiciária gratuita²⁷⁷, prevê que será o poder público o encarregado de prestá-la, através de órgãos especiais criados para esse fim, acolhendo – já na década de 30 – o modelo do *salaried staff*. Para entendermos a opção por esse modelo, é preciso relembra como a assistência judiciária ao pobre até então vinha sendo prestada.

Por influência de Nabuco de Araújo, desde 1870 havia sido estabelecida a praxe entre membros do Conselho e Comissão do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros de darem consultas gratuitas aos pobres que os fossem procurar²⁷⁸. Agiam aqueles membros imbuídos de sentimentos de caridade, cientes do múnus público que exerciam ao desempenhar a profissão de advogado.

Entretanto, a prática instituída pelo Instituto não parecia ser suficiente para realização plena dos fins almejados, de sorte que defendia-se a edição de legislação específica a respeito do tema. Proclamada a República, em 1890 foi editado o Decreto 1030, que autorizava o Ministro da Justiça *“a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos*

²⁷⁶ O preâmbulo da nova Constituição claramente indica tal fato: *“Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”*.

²⁷⁷ Desde logo vale traçar a distinção entre institutos semelhantes, relacionados a remoção de barreiras do acesso do pobre a justiça, quais sejam: a gratuidade de justiça a assistência judiciária, de acordo com a acepção que lhes dá o direito brasileiro. Aquela é instituto de direito pré-processual, correspondendo ao direito à isenção provisória de despesas processuais ou emolumentos pagos às serventias extrajudiciais (ofícios de notas, e.g.). Não há prestação de serviço. O Estado apenas assume uma posição passiva de não efetuar a cobrança. Por sua vez, a assistência judiciária é instituto de direito administrativo, relacionado prestação de um serviço público – a indicação de um advogado por parte do Estado <MIRANDA, 1997: 383>.

²⁷⁸ MORAES; DA SILVA, 1994: 84.

necessários”. Entretanto, apenas em 1897, através do Decreto 2457, foi organizado o serviço de assistência judiciária a ser prestado no Distrito Federal - atual cidade do Rio de Janeiro – tendo como destinatários “os pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade”, considerando-se pobre todo aquele que estivesse “impossibilitado de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo, sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”. A assistência era exercida por uma Comissão Central, e várias Comissões Seccionais. Superando as expectativas mais otimistas, o serviço era reconhecido como de qualidade²⁷⁹.

Alguns consideram ter esse sido esse o primeiro serviço público para atendimento jurídico dos hipossuficientes na história do país, tendo o citado Decreto lançado bases para as leis que vieram posteriormente estruturar a assistência judiciária nacional, tais como: patrocínio tanto na seara cível quanto criminal, seja o pobre autor ou réu; a definição de “pobre”; a isenção das custas do processo; a possibilidade de revogação do “benefício²⁸⁰”, por justo motivo, em qualquer fase da ação, de ofício ou por impugnação da parte contrária²⁸¹. De qualquer sorte, a despeito dessa iniciativa, a principal forma de acesso da população à justiça seguia sendo o trabalho individual e caritativo dos advogados, uma vez que o serviço restringia-se à capital federal.

Em novembro 1930 é criada a Ordem dos Advogados Brasileiros – Decreto 19.408 – órgão de seleção, defesa e disciplina da classe, iniciando-se mudança no panorama da assistência ao necessitado, uma vez que o dever moral dos advogados de prestá-la assume natureza jurídica. Com esse novo enfoque estabelecido no ordenamento jurídico nacional, reconhece-se a existência de um direito subjetivo à assistência judiciária, deixando de ter feições meramente caritativas. Ao monopólio da classe dos advogados pelo exercício da profissão forense correspondia o dever de prestar assistência aos pobres, encargo a ser exercido sem qualquer remuneração²⁸².

Os três anos que se seguiram à adoção do citado modelo até a instalação da assembleia constituinte revelaram sua fragilidade, inerentes ao modelo *pro bono*. Durante as discussões sobre o tema assistência judiciária era claro o reconhecimento de que o trabalho

²⁷⁹ MORAES; DA SILVA, 1994: 88.

²⁸⁰ A palavra benefício é utilizada entre aspas porque entendemos tratar-se, atualmente, de direito subjetivo e não mero favor legal. Assim também, FRANCISCO ALVES, 2005: 304.

²⁸¹ ROCHA, 2004: 138.

²⁸² FRANCISCO ALVES, 2010: 331.

desenvolvido pela Ordem era insatisfatório (uma “fantasia”, segundo o constituinte Pacheco de Oliveira²⁸³), sendo imperiosa a criação de um órgão estatal que assumisse a tarefa²⁸⁴, mesmo diante dos custos que tal modelo despenderia²⁸⁵.

Em suma, o sucesso do sistema implementado na capital federal aliado às dificuldades intrínsecas decorrentes da exploração não remunerada do trabalho do advogado, fizeram com que o modelo do *salaried staff* fosse o adotado pela Constituição de 1934. Nessa toada, em cumprimento ao mandamento constitucional, em 1935 o estado de São Paulo criou um serviço de assistência judiciária, contratando advogados para a defesa dos pobres, modelo esse que perdurou – com modificações introduzidas em 1947 - até o ano de 2006, muito embora já não mais compatível com a ordem constitucional desde a promulgação da Constituição de 1988, como adiante teremos oportunidade de debater.

É preciso ter em conta que, nos estados nos demais estados da federação, o serviço não fora implementado, continuando a ser prestado gratuitamente por advogados, por força do dever legal da profissão previsto no Decreto 19.408²⁸⁶. Era o início do problema que marca até os dias de hoje o direito à assistência jurídica integral e gratuita: a (in)efetividade.

A Constituição de 1934, entretanto, teve uma vigência bastante efêmera. A falta de instabilidade institucional do país, somada a bipolarização ideológica contida na norma fundamental – lembre-se, a título ilustrativo, da presença de constituintes classistas, representantes de setores antagônicos – provocaram sua queda.

4.1.2 A assistência judiciária na Constituição de 1937.

De nítida inspiração fascista, apelidada de polaca em razão de sua proximidade com a Constituição polonesa imposta pelo Marechal Josef Pilsudski, não foi surpreendente ter a

²⁸³ “V. Ex. se refere à assistência judiciária da Ordem. Deixemos, porém, de fantasias: essa assistência não existe” E ainda: “Ele não está organizado, nem o poderá estar tão cedo em condições de prestar esses serviços. Não havemos de esperar que a sua organização se dê cruzando os braços, sem amparar os que necessitam” <BRASIL, 1933: 216>.

²⁸⁴ CHIARETTI, 2012: 16.

²⁸⁵ Conforme se nota da declaração de voto do Deputado Carlos Gomes, vencido em razão da aprovação da Emenda proposta pelo Deputado Pacheco de Oliveira: “Votei contra a emenda Pacheco de Oliveira, não porque discorde do seu espírito, que é o de assistir aos pobres ou necessitados, mas porquê entendo que outro é o meio para se lhes facilitar a justiça. A criação de órgãos de assistência gratuita viria dificultar, pelo ônus que acarretaria aos cofres públicos, a criação de uma justiça e de órgãos que, com rapidez, verbalmente, de plano, atenda as pequenas questões que são as que interessam os pobres, a massa enfim da população brasileira” <BRASIL. 1933: 217>.

²⁸⁶ MARIANI DE SOUSA, 2011: 46.

nova Constituição deixado de consagrar o direito do necessitado à assistência judiciária. Com efeito, não era de se esperar de uma carta constitucional feita sob medida para servir a ditadura uma enunciação pródiga de direitos e garantias fundamentais²⁸⁷.

Durante todo o período do *Estado Novo* o Congresso manteve-se fechado – a despeito de a Constituição prever sua existência. As normas eram expedidas pelo chefe do poder executivo através de Decretos-Leis. Dentre as mais relevantes, estão o CPCb de 1939, o CPPb, e a Consolidação das Leis do Trabalho, todos contendo disposições relacionadas à facilitação do acesso do necessitado à justiça.

Apesar do Estado Policial instaurado no período – fato de certo modo incompatível com a garantia de acesso do pobre à justiça – Getúlio Vargas desenvolvia uma política trabalhista de nítido conteúdo populista, apresentando-se como “pai dos trabalhadores”, ou “pai dos pobres” – deles evidentemente esperando lealdade e obediência²⁸⁸. Como protetor dos trabalhadores, não podia deixá-los a própria sorte caso tivessem algum direito violado, daí porque todos os diplomas regulamentarem a matéria, ainda que não exaustivamente²⁸⁹.

Entretanto, em 1945 acontecimentos internacionais mudaram o caminho da história política do país. Finda a 2ª. guerra mundial, com a derrota dos regimes nazi-fascistas; e tendo o Brasil lutado ao lado dos aliados era insustentável a manutenção de uma ditadura. As bases do Estado Novo eram colocadas em cheque pelos valores defendidos pelo país externamente, e vitoriosos uma vez terminado o conflito²⁹⁰.

4.1.3 O regime da assistência judiciária no período de 1946 a 1967.

Com a promulgação da Constituição de 1946 é restabelecida a normalidade institucional no país. A norma fundamental é reconhecida por ser tingida de nítido caráter social, enunciando direitos e diretrizes econômico-sociais ágeis e avançados²⁹¹. Naturalmente, torna a prever o direito à assistência judiciária ao necessitado, dispondo que “*Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a*

²⁸⁷ MARCOS; MATHIAS; NORONHA, 2014: 426/427.

²⁸⁸ FAUSTO, 1995: 373/375.

²⁸⁹ Vide artigos 68 a 79 do DL 1.608/39, o CPCb de 1939, regulamentando o direito à gratuidade de justiça e à assistência judiciária, a ser prestada pelo advogado indicado pela parte (*pro bono*), pelo órgão estatal, ou pelo juiz (art. 68, par único); artigo 514, ‘b’ do DL 5.452 de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, instituindo o dever de os sindicatos prestarem assistência judiciária aos associados.

²⁹⁰ MENDES; BRANCO, 2012: 113.

²⁹¹ BARROSO, 2003: 26.

inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Do cotejo entre as Constituições de 1934 e 1946, percebe-se que, a despeito de consagrarem o citado direito fundamental, a última não impõe um modelo a ser adotado, relegando sua disciplina à legislação infra-legal, é dizer, não determina a criação de órgãos públicos para prestação do serviço como fazia sua congênere anterior, sendo igualmente silente quanto à isenção de despesas. Tal fato, entretanto, não foi obstáculo para adoção do modelo do *salaried staff*, como adiante teremos a oportunidade de demonstrar, em razão da disciplina que a Lei 1.060/50 deu a matéria.

Ainda sobre a Constituição de 1946, é relevante notar, sendo tal fato considerado um dos maiores aperfeiçoamentos introduzidos pela nova ordem constitucional, a previsão, dentre os direitos e garantias fundamentais, da inafastabilidade do controle jurisdicional²⁹². A referência parece pertinente ao tema ora estudado, uma vez que apenas em 1946 é consagrado genericamente o direito de acesso ao Poder Judiciário, muito embora em 1934 o constituinte já houvesse se preocupado em assegurar medidas tendentes a remoção de barreiras encontradas por pessoas pobres para defesa de seus interesses, prevendo o direito à assistência judiciária e à gratuidade de justiça. Com efeito, chama atenção o fato de assegurar-se constitucionalmente o “benefício” específico, antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia genérica²⁹³. A nosso juízo, esse curioso dado cronológico revela a importância de que se reveste o direito à assistência judiciária no ordenamento jurídico brasileiro.

Na ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1946 foi promulgada a Lei 1.060/50, ainda vigente muito embora tenha sofrido algumas transformações. A referida legislação regulamenta o direito à assistência judiciária e à gratuidade de justiça, muitas vezes usando de forma não técnica um termo pelo outro. A partir daí, unificou-se o tratamento da matéria, antes relegado à disciplina dispersa e não uniforme dos CPCb, CPPb, e da Consolidação das Leis do Trabalho.

Da análise da Lei 1.060/50, percebe-se ter a mesma adotado um sistema misto de prestação de assistência judiciária. Prioritariamente, o Estado (União e Estados-membros)

²⁹² BONAVIDES/DE ANDRADE, Op. cit., p. 418.

²⁹³ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O Direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, em Revista da AJURIS, n. 55, Porto Alegre, 1992, p. 60.

deveria oferecer o serviço (modelo do *salaried staff*, art 5º, § 1º). Supletivamente, sem qualquer ônus para o poder público, a tarefa caberia aos advogados, por força do dever estatutário (art. 5º, § 2º), novamente reforçado: a recusa no desempenho da função poderia ensejar o pagamento de multa (art. 14), a menos que estivesse abrangida por uma escusa prevista na citada norma (art. 15). A mesma orientação seguiu a Lei 4.215/63, que instituiu o Estatuto da OAB— é dizer: consagrou a atuação supletiva dos advogados na prestação de assistência judiciária ao pobre.

Nessa época, era exigível do postulante a comprovação da insuficiência de recursos. Deveria expor na petição inicial seus rendimentos e gastos, instruindo-a com atestado de pobreza expedido pelo Delegado de Polícia ou Prefeito. A simples enunciação dessa exigência já denotava o constrangimento em que se colocava o interessado: ver-se declarado miserável por uma autoridade pública. Por outro lado, eram evidentes as dificuldades de as autoridades investigarem a condição econômica das pessoas, acarretando muitas vezes a expedição do documento em situações não muito ortodoxas²⁹⁴. Essa sistemática, entretanto, é alterada em 1979 e 1986, como teremos a oportunidade de expor.

Com base nessas legislações, diversas normas estaduais foram promulgadas ora instituindo o serviço de prestação de assistência judiciária, ora reformulando o outrora existente. Em São Paulo, através do DL 17.330 a assistência judiciária já prestada ficou a cargo de um departamento da Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria de Assistência Judiciária. No antigo Distrito Federal (a cidade do Rio de Janeiro), a Lei 216 de 1948 incumbiu ao Ministério Público a prestação do serviço, sendo o cargo inicial da carreira o de Defensor Público. No Estado do Rio de Janeiro, para a realização da tarefa foram criados seis cargos isolados de Defensor Público dentro da estrutura administrativa do Ministério Público (Lei 2.188/54).

A análise dos regimes existentes à época indica que não havia uniformidade na organização dos serviços de prestação de assistência judiciária: ora atribuído às Procuradorias dos Estados, ora ao Ministério Público, ora à um órgão específico, ora inserto na estrutura de Secretarias de Justiça.

Apesar dessa múltipla variação, as deficiências de alguns modelos acabam por revelar ser aquele instituído no Estado do Rio de Janeiro o mais eficiente, razão pela qual o regime instituído com a Lei 2.188/54 é de importância ímpar, uma vez que lança as bases do

²⁹⁴ MOREIRA, 1991: 132.

que viria a ser a atual instituição da Defensoria Pública²⁹⁵: órgão autônomo e independente composto por profissionais organizados em carreira.

Com efeito, atribuir-se a defesa do hipossuficiente ao órgão incumbido da defesa do Estado importa um antagonismo insuperável: toda a vez que o necessitado tivesse de processar o Estado-membro – fato extremamente usual, sobretudo para realidade brasileira, em que o Estado é um dos maiores violadores de direitos²⁹⁶ – colocava-se o agente público em nítida contradição funcional: litigar contra o próprio ente da federação ao qual também tinha a função de defender²⁹⁷.

Note-se, ademais, que a contradição funcional poderia ocorrer mesmo em processos nos quais uma das partes não fosse a Fazenda Pública estadual. *Eneida Gonçalves de Macedo Haddad*, em artigo em que tratou da criação da Defensoria Pública paulista, expôs a situação contraditória em que se viam os procuradores lotados na Procuradoria de Assistência Judiciária, uma vez que sustentavam nos processos criminais a impossibilidade de realização de audiência através do sistema de videoconferências, à míngua de lei federal regulamentando o tema, muito embora existisse um parecer da Procuradoria Geral do Estado autorizando o governo a instalar e implementar o referido método. Eram obrigados, assim, a recusar um parecer vinculante para promover a defesa efetiva de seus assistidos²⁹⁸.

Para superar esse obstáculo aparentemente intransponível, algumas legislações estaduais atribuíam às Procuradorias Gerais a defesa do pobre em “qualquer matéria jurídica, desde que os interesses destes não colidam com os do Estado e suas autarquias”²⁹⁹. Entretanto, temos que essa última solução não resolvia verdadeiramente o problema, afinal a cobertura do serviço não era ampla. O necessitado, caso desejasse litigar contra o Estado, não conseguiria fazê-lo. A promessa constitucional não era cumprida.

Atribuir-se a defesa do hipossuficiente a agentes integrantes da carreira do Ministério Público igualmente mostrava-se desastroso. Com efeito, a experiência mostrou que a solução acarretava infindáveis e múltiplos casos de impedimento, emperrando a

²⁹⁵ FRANCISCO ALVES, 2010: 334.

²⁹⁶ Em abono a nossa afirmação, de acordo com os números divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça, os seis maiores litigantes na Corte, desde o período de sua instituição, são órgãos da administração direta ou indireta. Para maiores dados, aceda à hiperligação http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113396, acesso em 29 de agosto de 2014.

²⁹⁷ DA SILVA J, 1991: 179.

²⁹⁸ 2011: 76/77.

²⁹⁹ Assim o fez o Estado do Paraná, consoante previsão da Lei estadual 7.074/79.

máquina judiciária, uma vez que era possível - ao menos em tese – que o mesmo agente atuasse em defesa de pólos distintos. Segundo a legislação do Distrito Federal, o membro do Ministério Público poderia defender, acusar, ou manifestar-se como fiscal da lei, algo inconciliável³⁰⁰.

Ademais, nota-se uma nítida despreocupação com a defesa efetiva do necessitado, mormente nos casos criminais, em violação a paridade de armas que deve reger o processo. Aos agentes menos experientes era incumbida a defesa, ao passo que a acusação ficava a cargo de servidores mais experientes e, em tese, melhor preparados.

Por sua vez, a prestação do serviço por órgão inserido na estrutura de Secretarias de Justiça também não se mostrava ideal. O modelo chegou a ser implementado no Estado do Rio de Janeiro pela Lei Complementar 18/81. Parece-nos, entretanto, ser o momento ideal de criticá-lo, afinal já o fizemos com relação a duas experiências adotadas no período de vigência da Constituição de 1946.

Às Secretarias de Justiça compete, via de regra, a administração do sistema prisional. Muitas vezes será esse órgão o violador de direitos do preso, cuja defesa, maioritariamente, compete ao serviço de assistência judiciária – ninguém nega que as prisões estão cheias de pessoas pobres. Sendo departamento daquela Secretaria, é difícil imaginar como o integrante da assistência judiciária agiria com independência e liberdade na defesa das pessoas privadas de liberdade³⁰¹. Assim, aos poucos era consolidada a idéia de que o serviço público de assistência judiciária devia ser estruturado em carreira independente, a fim de proporcionar o efetivo e amplo acesso do pobre à justiça.

4.1.4 A assistência judiciária na Constituição de 1967.

A Constituição de 1967 – editada no período em que os militares assumem o poder objetivando conter uma “ameaça comunista” - era marcada por uma realidade: o texto formalmente liberal colidia com a realidade ditatorial. À semelhança do que fez a Constituição anterior, garantiu o direito à assistência judiciária, relegando sua disciplina a legislação ordinária: “*Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à*

³⁰⁰ DA SILVA J, 1991: 180.

³⁰¹ DA SILVA J, 1991: 181.

segurança e à propriedade, nos termos seguintes § 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.” A citada norma não foi alterada com a profunda reforma promovida pela Emenda Constitucional 01 de 1969.

Nessa ordem de idéia, a legislação ordinária expedida à época da Constituição anterior foi inteiramente recepcionada, haja vista a identidade de tratamento conferida pelas normas fundamentais. Entretanto, cada vez mais o serviço era aprimorado. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi editada a Lei 6.958/72, criando a Corregedoria da Assistência Judiciária, órgão orientador e fiscalizador dos aspectos técnicos e administrativos dos encargos afetos aos defensores públicos³⁰².

Convém esclarecer que durante esse período, todos os Estados da federação, à exceção de Santa Catarina, mantiveram alguma espécie de órgão público destinado a prestação da assistência judiciária³⁰³. Até mesmo a Justiça Militar – em época de claro cerceio às liberdades individuais - contava com o serviço, prestado através dos advogados de ofício, nos termos do DL 1030/69.

Nos locais em que não funcionava o serviço público, a assistência continuava a ser prestada por advogado, sem a correspondente contraprestação pecuniária, por força do dever estatutário antes mencionado. Tal fato criava inúmeros descontentamentos, sobretudo no estado de São Paulo, uma vez que por breve período de tempo a advocacia dativa chegou a ser remunerada pelo poder público (Lei estadual 7.489/62, revogada pelo DL 236/70). Assim, em 1976 a seccional paulista da OAB liberou seus filiados do dever ético de prestação da assistência enquanto não houvesse a respectiva contraprestação pecuniária³⁰⁴.

Curioso notar que, nessa época, tanto a OAB quanto os integrantes dos diversos órgãos de prestação do serviço de assistência judiciária andavam lado a lado na busca pela implementação desses. Como teremos oportunidade de observar, esse quadro se altera após a Constituição de 1988, passando a Ordem a ser um grande opositor e entrave à consolidação da Defensoria Pública, com ela disputando mercado.

Na década de 70, outro acontecimento define os rumos da Defensoria Pública: a fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara. A Constituição do novo estado-membro em seus artigos 82 a 85 previa a existência do órgão que chamou de “Assistência Judiciária” incumbindo-lhe da postulação e da defesa, em todas as instâncias, dos juridicamente

³⁰² MORAES; DA SILVA, 1994: 118.

³⁰³ FRANCISCO ALVES, 2010: 335.

³⁰⁴ MORAES; DA SILVA, 1994: 127/128.

necessitados. Estabeleceu, outrossim, que o ingresso na carreira se daria mediante concurso de público de provas e títulos, e sua chefia seria exercida pelo Procurador-Geral de Justiça, relegando à disciplina de lei complementar as prerrogativas, e regime disciplinar de seus integrantes.

Deve-se chamar atenção para o fato de que o projeto original da Constituição estadual não previa a existência do órgão na estrutura administrativa do novo ente da federação. Entretanto, por emenda parlamentar, a Assistência Judiciária (órgão) foi constitucionalizada. Para tanto, justificou-se vir recebendo a assistência judiciária aos desprovidos de fortuna cuidados constitucionais, em face de sua intrínseca relação com princípio da igualdade. Ademais, a realidade nacional aconselhava aos Estados incluir essa função protetora no âmbito de suas finalidades políticas, criando e mantendo órgãos públicos específicos, cuja relevância reclamava um paralelismo funcional com o Ministério Público, a fim de que seus agentes atuem com independência, apartados de influências externas, ainda que os interesses em litígio sejam os do próprio Estado³⁰⁵.

Em 1977, a fim de regulamentar os dispositivos constitucionais acima mencionados, é promulgada a LC 06, consolidando princípios modernos e eficientes para estruturação de um órgão público, muitos dos quais repetidos, quase vinte anos após, na legislação nacional. Digno de nota é a previsão, dentre os órgão de direção, do Conselho Superior, cuja composição era mista: membros classistas eleitos, membros integrantes da chefia institucional (indicados pelo executivo estadual). No tocante as atribuições dos Defensores Públicos destacam-se, para além de desempenho das funções de advogados dos juridicamente necessitados, tentar a conciliação das partes (art. 22, III), bem como exercer a Curadoria Especial (art. 22, X), e a defesa dos réus que não tivessem defensor constituído (art. 22, XIX).

Esse mesmo período foi palco de diversos congressos, encontros, publicação de artigos em revistas especializadas e jornais de grande circulação, que serviram para consolidar as idéias e diretrizes gerais para prestação da assistência judiciária, ao fim consagradas na novel legislação e texto constitucional de 1988³⁰⁶. Dentre eles está o I Seminário Nacional Sobre a Assistência Judiciária (1981), cujas conclusões estão expressadas na Carta do Rio de Janeiro. Ali era reafirmada a necessidade de o estado

³⁰⁵ MORAES, 1996: 81/82.

³⁰⁶ DA SILVA J, 2001: 69/70.

desenvolver a atividade de assistência judiciária do necessitado, relegando papel supletivo à OAB (conclusão I). Ademais, buscava-se atribuir aos integrantes da carreira prerrogativas para poderem bem desempenhar sua atividade, como a requisição de documentos (conclusão XIV), e intimação pessoal dos atos processuais (conclusão XII). Por outro lado, tentava-se simplificar o procedimento para concessão do “benefício” substituindo o atestado de pobreza pela simples afirmação da parte (conclusão XV)³⁰⁷, bem como a extensão da gratuidade de justiça a atos extrajudiciais (conclusão XX), e a ampliação da prestação do serviço ao plano extrajudicial (conclusão VIII).

Também em 1981 a Constituição do Estado do Rio de Janeiro foi emendada, passando a Assistência Judiciária a subordinar-se à Secretária de Justiça – com os inconvenientes antes já expostos. Ademais, corria-se o risco de o paralelismo funcional com o MP ser perdido, em prejuízo direto para a liberdade de desempenho das atividades. Entretanto, naquele mesmo ano cria-se a Coordenadoria da Assistência Judiciária (art. 5, II da LC18), a ser ocupado por um membro da carreira que mediará a ‘eventual interferência’ exercida pela Secretaria, remediando de certa forma o problema³⁰⁸.

Apenas em 1987 a questão é definitivamente solucionada, por força da Emenda à Constituição n. 37, com a reidentificação do órgão de prestação de assistência judiciária para Defensoria Pública, como popularmente era conhecida, bem como a criação de sua Procuradoria Geral, com *status* de Secretaria de Estado. Na mensagem enviada ao Poder Legislativo, o então Governador do Estado justifica a necessidade da modificação orgânica pois *“o homem do povo precisa ter a certeza de que tem a seu serviço um órgão independente e convenientemente estruturado, para defender seus interesses em igualdade de condições, sob qualquer circunstância. Nesse sentido de capital importância, na construção de uma sociedade democrática, a ampliação e dignificação da Defensoria Pública, a fim de que se lhe confira o lugar que torne realmente possível a realização do dogma constitucional da igualdade de todos perante a lei, assegurando acesso à concretização de direitos e à justiça”*³⁰⁹.

³⁰⁷ De fato, em 1984, a Lei 1.060/50 foi emendada, a fim de que a mera afirmação da parte fosse suficiente para comprovar o estado de pobreza, gerando uma presunção relativa da hipossuficiência econômica. Cessa a presunção desde que se verifique a existência de recursos suficientes, seja mediante prova em contrário produzida pela outra parte, seja em virtude de apuração promovida *ex officio* pelo juiz. Eventual falsidade da declaração é penalizada com a sanção de “pagamento até o décuplo das custas judiciais” (art. 4º. par. primeiro, parte final) <FRANCISCO ALVES; PIMENTA, 2004: 45/46>.

³⁰⁸ ROCHA, 2004: 106.

³⁰⁹ ROCHA, 2004: 114/115.

No tocante à realidade nacional, convém esclarecer que já em meados da década de setenta, com o fim do milagre econômico, passados quinze anos de governo militar e o constante aumento as pressões opositoras, outra solução não restava senão à abertura política do país. Entretanto, esta seria “lenta, gradual e segura”³¹⁰. Assim, apenas em 1985 elegeu-se para a presidência da República, a chapa contrária à situação, composta por Tancredo Neves e Jose Sarney, vice. O regime militar chegava ao fim e tinha início a nova República, com o retorno do poder à população civil, sendo José Sarney o primeiro Presidente civil desde 1964³¹¹.

4.1.5 A Defensoria Pública na Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

Cumprindo os compromissos da campanha, Sarney envia mensagem ao Congresso de que resulta a Emenda Constitucional 26/85, em que se previa a convocação uma Assembleia Constituinte. Em novembro de 1986 são eleitos pelo voto popular os membros da Constituinte, instalada em fevereiro de 1987³¹².

Curioso notar que, a despeito de se originar de processos formais de alteração da ordem jurídica, a nova Constituição representa autêntica ruptura com quadro político-jurídico antes vigente. Com efeito, expressa a profunda rebeldia popular contra o mais longo período de ataque às liberdades públicas, propondo-se a remover o sistema de exceção e autoritarismo existente no país³¹³.

Instalada a Assembleia Constituinte, e considerando a ausência de um anteprojeto³¹⁴, optou-se pela criação de oito comissões, cada qual composta por três subcomissões, de modo a viabilizar os trabalhos e permitir que todos os constituintes participassem da redação do novo texto constitucional, e não apenas do processo de sua votação. Da questão relacionada à assistência jurídica e Defensoria Pública cuidou a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público – veja-se que a

³¹⁰ FAUSTO, 1995: 492.

³¹¹ BARROSO, 2012: 12.

³¹² Digno de nota, entretanto, é o fato de, por força da emenda 26/85, parte dos membros da Constituinte não ter sido eleita nesse pleito: Senadores cujo mandato de oito anos não havia expirado.

³¹³ BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 2003: 455.

³¹⁴ Esclarece-se que a Comissão de “notáveis” presidida por Afonso Arinos cuidou de elaborar um anteprojeto, embora não tenha servido de base para orientação dos trabalhos.

constitucionalização da Defensoria Pública não era certa, tanto que a Subcomissão não leva seu nome³¹⁵.

Para além dessa forma democrática de divisão do trabalho, a constituinte de 1987 é marcada pela constante participação popular, e organização de vários *lobbies* de interesse. Constantemente chegavam ao Congresso inúmeras sugestões e propostas subscritas por cidadãos. Apesar de não serem consideradas para o efeito de inclusão no texto do projeto, ou mesmo das votações em plenário, pessoas indicadas pelos subscritores das propostas poderiam se valer da palavra em plenário para defender as idéias ali contidas³¹⁶.

Nesse contexto, iniciou-se uma mobilização intensa dos membros da Defensoria Pública e de suas entidades de classe para inclusão do órgão no modelo estatal que seria desenhado pela nova Constituição. Ouvidos em audiência pública, puderam expor os desequilíbrios da justiça penal brasileira, claramente seletiva, bem como as vantagens de adoção do modelo de prestação de assistência jurídica pela Defensoria Pública³¹⁷, dotada de prerrogativas e garantias semelhantes ao órgão adversário³¹⁸ – o Ministério Público – para correção dessa disfunção.

Como resultado desse processo, o anteprojeto da Constituição elaborado pela Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público contemplou a Defensoria Pública

³¹⁵ O fato não passou despercebido ao Constituinte Silvio Abreu que, em manifestação na primeira reunião da Subcomissão, propôs a alteração de seu nome a fim de incluir a instituição da Defensoria Pública, dentre os órgãos a serem por ela tratados <BRASIL. 1987a: 7>.

³¹⁶ BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 2003: 476 e 479/480.

³¹⁷ Discurso do Sr. Jose Neves Cesar à Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público: “O triângulo da Justiça tem muito bem aparelhado o organismo invértice, que é o Ministério Público e o Judiciário, e o vértice da defesa está re quebrado, precisa ser solidificado, precisa ser-lhe ss dado o verdadeiro poder de defesa. Vejam V. Ex.^{as} e que no juízo criminal, por exemplo, o povo diz comumente que cadeia e prisão foram feitos para o pobre. Por que pensam assim? É muito simples. Quando um cidadão de posse comete um crime, procura o seu advogado, é orientado como deverá defender-se, é acompanhado no inquérito policial, é marcado o dia para se apresentar ao delegado – o que geralmente fazer no dia anterior, para e evitar a imprensa e as perguntas indiscretas dos ,o delegados. O defensor público acompanha o pobre no momento em que ele já foi preso, muitas vezes violentado, porque confessou, algemado, na frente do Juiz. Aí começa a atuação do defensor público. Precisamos acabar com isso. Não pode haver duas justiças: uma para o rico e outra para o pobre. A Justiça é uma só. Nem a Defensoria Pública pode ser laboratório de experiência jurídica, nem o pobre pode ser cobaia no exercício dos seus direitos. É preciso que se faça uma Justiça una. A justiça do rico e do pobre tem que ser igual. Temos de evitar – como aquele belo quadro que emoldura essa sala, em que o protomártir da Independência está recebendo a sentença – que ao lado do pobre só haja o poder de acusação, o poder de sentenciar e a ausência as do defensor. A Justiça ampla e plena tem que ás ter a presença do defensor público” <BRASIL. 1987a: 63>.

³¹⁸ Discurso da Sra. Suely Pletz Nader Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público: “V. Ex.^a pergunta se ao ser criada a Defensoria Pública esta deveria ter os mesmos níveis qualificativos, os mesmos estágios do Ministério Público. Acredito que sim. Acredito que nós, como ex-adverso na ação, precisamos ser dotados de todas as prerrogativas que a outra parte tenha. Precisamos ser tão qualificados tecnicamente quanto eles. Não nos interessa criar um órgão que faça uma defensoria ficta” <BRASIL, 1987a: 73>.

como órgão de Estado, uma espécie de Ministério Público da Defesa³¹⁹, dispondo: “Art. 139 – É instituída a Defensoria Pública para a defesa, em todas as instâncias, dos juridicamente necessitados. Par 1º. Ao Defensor Público são assegurados garantias, direitos, vencimentos, prerrogativas e vedações conferidas, por esta Constituição, aos membros do Ministério Público. Par 2º. Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e estabelecerá normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados”. O texto foi aprovado pela Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sem alterações.

Entretanto, a luta pela afirmação e constitucionalização do órgão sofreu grave revés, uma vez que por emenda de grupo político denominado “centrão”³²⁰, a previsão de sua criação foi suprimida³²¹, pois consideravam provocar oneração indesejada aos cofres públicos e burocratização da já inchada máquina estatal. Apenas garantir-se-ia o direito à assistência, tal como nas Constituições anteriores, deixando a cargo da legislação dos diversos estados-membros a escolha do método pelo qual a prestariam³²².

Diante desse revés, novamente os Defensores Públicos se mobilizaram e, com apoio veemente de alguns constituintes, o projeto final contempla a Defensoria Pública como órgão incumbido da prestação de assistência jurídica ao necessitado. A redação, entretanto, é mais acanhada do que a sugerida pela Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público. A falta de consenso político e a relativa novidade do órgão impediram que se criasse um autêntico Ministério Público da Defesa, fixando com precisão as prerrogativas e regime

³¹⁹ VITAGLIANO, 1988: 36.

³²⁰ Grupo político suprapartidário de caráter manifestamente conservador, em conflito com os rumos que a Comissão de Sistematização vinha imprimindo à elaboração do novo texto constitucional <BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 2003: 464>.

³²¹ FRANCISCO ALVES, 2010: 337.

³²² É o que se colhe de manifestação do Constituinte Gerson Peres proferido na 26ª. reunião da Comissão de Sistematização, em 14 de setembro de 1987: “Nem sempre nós dois caminhamos com passos certos na discussão das matérias, com o respeito que tenho pela profunda experiência e conhecimento de V. Ex.^a que tem muito a nos dar. Mas ainda gostaria de perguntar a V. Ex.^a, pois eu sou o autor da emenda supressiva da Defensoria Pública na carta que vem, por julgar que ela é mais um conjunto burocrático a ser incrustado no sistema de governo, por achar que é mais um processo muito oneroso para o País, e por achar que é mais um conjunto que vai se articular dentro das procuradorias em busca de vinculações salariais. Enfim, uma série de outros problemas que vão ser gerados. Eu perguntaria a V. Ex.^a, não seria mais simples criar a Defensoria Pública dentro da Procuradoria-Geral do País e integrar esses Defensores no quadro dessa Procuradoria, sem que se estabeleça um órgão autônomo que venha criar mais problemas para a já tão burocrática e tão difícil administração deste País? Eu gostaria que V. Ex.^a me esclarecesse, me convencesse para que eu pudesse seguir a linha da emenda de V. Ex.^a, e até mudar o meu ponto de vista que gostaria de acompanhá-lo, porque sei que realmente os trabalhos que V. Ex.^a apresenta nas Assembléias e no Senado são muito judiciosos, são muito bem estudados, são muito bem elaborados e são frutos de uma longa experiência, de uma proveitosa e profícua vida pública.” <BRASIL. 1987b: 608>.

jurídico de seus membros. Temia-se que a estratificação constitucional impedisse a realização de ajustes necessários a correção de defeitos da nova experiência³²³.

A Constituição de 1988, na sua redação original, previa então que: “*Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais*”.

A nova norma fundamental promove verdadeira revolução no tocante ao direito de acesso do pobre à justiça. Primeiramente, diante do risco de a garantia fundamental tornar-se promessa constitucional inconsequente, além de assegurá-la prevê qual órgão irá prestá-lo, tamanha a importância do valor que subjaz a questão³²⁴.

Não obstante a consagração da garantia fundamental, à qual expressamente atribuiu-se eficácia direta e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), e do órgão estatal incumbido de prestá-la, sua implementação não ocorreu de pronto. Como a norma complementar à Constituição que organizou a Defensoria Pública foi editada em 1994, alguns estados-membros quedaram-se inertes à espera da superveniência da legislação federal.

4.2 O esquema atual de assistência jurídica brasileiro.

³²³ Em manifestação proferida na 9ª. reunião extraordinária, Plínio Arruda afirmou que: “Outra emenda que acolhemos, com batalhas fortes dos Constituintes, Plínio Martins, Sílvio Abreu, José Costa e vários outros, diz respeito à criação da Defensoria Pública. Colocamos em subemenda a Defensoria Pública, a fim de permitir o acesso maior do povo à Justiça. Acho que colocamos todas as garantias necessárias a uma instituição nova, para que uma experiência que se está fazendo possa ser feita ao amparo das maiores garantias constitucionais. Não fui além, em todas as pretensões, em todas as propostas, porque me pareceu imprudente que uma experiência nova, correta, necessária, tivesse uma estratificação constitucional demasiadamente ampla, difícil depois, de ser modificada na prática do exercício de suas funções. Mas a Defensoria Pública é inteiramente acolhida no parecer, junto com a justiça gratuita, para permitir maior acesso das pessoas pobres, sem posse à justiça” <BRASIL, 1987a: 196>.

³²⁴ Como expõe Boaventura de Sousa Santos, trata-se de direito charneira: sua denegação importaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor seu respeito, os direitos sociais e econômicos, por exemplo, corresponderiam a meras declarações políticas <1986: 18>.

O esquema de assistência jurídica brasileiro, como se vê, na sua essência é regulamentado pelos dispositivos da Constituição antes citados - alguns deles já alterados como adiante se explanará - e pela LC nacional 80 - alvo de modificações no ano de 2009. Também complementam-no algumas regras da Lei 1060/50, não conflitantes com o regime posterior instaurado pela CF/88, bem como normas esparsas de leis que atribuem certas competências à Defensoria Pública, a exemplo da Lei 7347/85 - que regulamenta o procedimento da ação civil pública - e da Lei 7210/84 - que regulamenta o processo de execução penal.

Ao analisarmos o modelo, adotaremos a mesma sistemática utilizada em relação ao ordenamento jurídico português, é dizer: pretendemos avaliar criticamente quem são os sujeitos titulares do direito à assistência jurídica e as prestações colocadas a sua disposição. A isto se acrescerá a análise de princípios institucionais estruturadores do órgão encarregado de prestá-la, bem como de seu plexo de competências. Note-se que não o fizemos em relação ao esquema português, uma vez que, por se estruturar através de um modelo de *judicare*, as atribuições do profissional seriam aquelas concedidas ao defensor, objeto de estudo no capítulo segundo.

4.2.1 – Os beneficiários.

Assim como em Portugal, pessoas físicas e jurídicas podem ser beneficiadas pelo esquema. No tocante às primeiras, maiores controvérsias não há quanto à titularidade do direito. Convém ressaltar que, apesar de o art. 5º *caput* da CF/88 e o art. 2º da Lei 1060/50 apenas fazerem menção a estrangeiros residentes no país, não se nega a titularidade da garantia aos não nacionais que estiverem em solo brasileiro e, em razão da condição financeira, enfrentarem obstáculos de acesso à justiça.

A esse respeito, desde pelo menos 1957 o STF tem reconhecido que os direitos fundamentais consagrados na Constituição são estensíveis aos estrangeiros, residentes ou não, apenas excluídos os que, por índole própria, não sejam de todos os homens³²⁵. Ademais, *Cançado Trindade* lembra que o princípio da não-discriminação assume posição central no

³²⁵ Recurso Extraordinário 33.919, Relator: Min. Cândido Mota Filho. No caso discutia-se se uma empresa sediada em Lisboa podia se utilizar de mandado de segurança para questionar decisão da Fazenda Pública em leiloar caixas de cognac de sua propriedade. O acórdão está assim ementado: “Direito de estrangeiro não residente. O direito de propriedade é garantido a favor do estrangeiro não residente”.

direito internacional dos direitos humanos e importância ímpar no exercício de direitos, apenas podendo haver distinções baseadas em propósito legítimo ou justificação objetiva, de acordo com sua natureza³²⁶. Desse modo, a origem nacional não pode ser considerada para negativa da titularidade do direito de acesso à justiça, uma vez que é assegurada a todos os homens como tal, emanção da dignidade humana que lhe é inerente, e não ao homem enquanto cidadão, ligado a determinado Estado.

No tocante às segundas (pessoas jurídicas), não obstante o art. 5º, LXXIV tenha por destinatários indivíduos, e mesmo não havendo norma constitucional semelhante àquela do art. 12, n. 2 da CRP, não se nega a titularidade de direitos fundamentais a esses sujeitos, desde que suscetíveis de serem exercidos por eles³²⁷. A esse respeito, convém lembrar que pessoas jurídicas podem, por exemplo, sofrer dano moral (verbete 227 da súmula de jurisprudência do STJb), do que se afigura premissa necessária serem titulares do direito à honra.

A assertiva, entretanto, não é isenta de críticas, uma vez que a Lei 1060/50 não estende o direito às pessoas jurídicas, restringindo seu âmbito de aplicação à nacionais ou estrangeiros residentes no país (art. 2º), ao que se soma a definição de necessitado como sendo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazer frente aos custos do processo, sem prejuízo próprio ou da família (art. 2º, § único e art. 4º).

A controvérsia pareceu ter sido solucionada em 2009, com a reforma da LC 80 em que expressamente foi atribuído às Defensorias Públicas exercer a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos ou judiciais (art. 4º, V). Houve, porém, quem reputasse essa norma inconstitucional, ao fundamento de que necessitados eram necessária e exclusivamente as pessoas físicas, titulares do direito humano em questão. A isso somava-se o argumento de que o art. 2º. da Lei 1060/50 apenas considerava essa espécie de sujeito de direito como titulares da garantia³²⁸.

Entretanto, a nosso juízo a argumentação não procede seja porque se olvida serem as pessoas jurídicas titulares de direitos fundamentais, seja porque pretende realizar

³²⁶ 1999: 76/79.

³²⁷ MENDES; BRANCO, 2012: 196.

³²⁸ Ver parecer elaborado por Jose Afonso da Silva anexo à ADI 4636, Relator: Ministro Gilmar Mendes, proposta pelo Conselho Federal da OAB, sem julgamento, através da hiperligação http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4117856, acesso em 19 de abril de 2015.

interpretação da norma constitucional a partir da norma legal, quando, na verdade, é a Constituição que deve irradiar seus valores e princípios sobre o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, após reiteradas decisões sobre a matéria, o STJb afirmou que “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”³²⁹. A jurisprudência do STF também assim caminhava: “O benefício da gratuidade - que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar, dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado - constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos”³³⁰.

Acolhendo essas orientações, o novo CPCb - Lei 13105/2015, ainda em período de *vacatio legis*³³¹ – dispõe que tanto pessoas naturais como jurídicas, estrangeiras ou nacionais, residentes ou não, gozam do direito, atribuindo apenas às declarações das primeiras a presunção de insuficiência de recursos, de sorte que em breve restará sepultada a controvérsia (arts. 98, e 99, § 3º).

A questão ora tratada remete-nos a outra: o âmbito de proteção da garantia, é dizer, à definição de quem seja necessitado. Nesse ponto, a legislação brasileira não estabelece critérios objetivos e rígidos como faz a portuguesa. Ao revés, institui um mecanismo rápido e facilitador para o acesso à garantia ao dispor que, se o sujeito afirmar não ter condições de arcar com as custas de processo e honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio, presume-se pobre e o direito deve lhe ser assegurado (art. 4º, § 1º).

Ressalte-se que, uma vez promulgada a CF/88, reabriu-se a discussão relativa ao tema. Interpretação literal do art. 5º LXXIV poderia fazer restaurar regime anterior, em que o postulante deveria demonstrar não possuir meios para fazer frente aos custos da litigação. Entretanto, prevaleceu a tese de que o regime instituído em 1986 com a Lei 7510, em que há presunção relativa de pobreza com a mera declaração do indivíduo, seguia em vigor. Com

³²⁹ Verbete 481 de sua súmula de jurisprudência.

³³⁰ AgRg no Recurso Extraordinário 192715, Relator: Min. Celso de Mello.

³³¹ O novo Código expressamente revoga disposições da Lei 1060/50. Entretanto, como ainda não está em vigor, seguiremos fazendo referência às normas daquele diploma, mormente se considerarmos que a reforma apenas consagrou interpretação dominante sobre os antigos dispositivos. Entretanto, eventual alteração relevante será mencionada.

efeito, era incompatível com a nova ordem constitucional qualquer interpretação que representasse retrocesso do processo evolutivo do direito do pobre aceder à justiça³³².

Entretanto, considerando que para implementação da garantia recursos públicos são expendidos, previu-se um mecanismo para evitar abusos e desperdícios: atribuiu-se à declaração uma presunção relativa de verdade, impondo ao falso declarador a penalidade do pagamento do décuplo das despesas processuais. Entretanto, a conduta daquele que falsamente presta a declaração não é penalmente relevante (crime de falsidade ideológica), uma vez que o documento em que se materializa o falso é passível de averiguação posterior³³³.

Cuidando-se de presunção relativa, naturalmente pode o juiz, à vista de elementos constantes do processo, determinar que se comprove a insuficiência de recursos antes de conceder o “benefício”³³⁴. Por outro lado, uma vez deferido, pode ser revogado por impugnação da parte contrária ou de ofício, caso constatada a inexistência ou desaparecimento dos requisitos necessários à concessão (art. 7º e 8º da Lei 1060/50). A decisão proferida no incidente é sujeita à recurso, como se vê do art. 17³³⁵.

O regime de comprovação da carência de recursos, como antes anunciado, não se aplica às pessoas jurídicas, tenham elas fins lucrativos ou não. Em todas as hipóteses deverão demonstrar que sua situação patrimonial não lhe permite suportar os encargos processuais, uma vez que a distinção entre essas diz respeito a possibilidade de distribuição de lucros e não à riqueza.

Desde logo convém esclarecer que, apesar de a todo o tempo ter sido referido à figura do juiz, que a competência para apreciar o requerimento de assistência jurídica dirigido à Defensoria Pública é de seus membros. A questão restará melhor esclarecida ao tratarmos das prestações colocadas ao beneficiário do esquema. Entretanto, em linhas gerais

³³² MOREIRA, 1992: 72/73.

³³³ Habeas Corpus 85976, Relatora: Min. Elen Gracie, 2ª. turma do STF. No mesmo sentido, Habeas Corpus 218570, Relatora: Min. Ma. Thereza de Assis Moura, 6ª. turma do STJb.

³³⁴ Conforme verbete 39 da súmula de jurisprudência do TJRJ: ““É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade”.

³³⁵ Convém esclarecer que, muito embora se trate de decisão interlocutória, a irresignação deve vir sob a forma de apelação, não se aplicando o princípio da fungibilidade caso manejado recurso de agravo de instrumento, por se tratar de erro grosseiro <Cf. AgRg no Agravo de Instrumento 579729, Relator: Min. Nancy Andrighi>. Entretanto, caso se trate de indeferimento de plano, isto é, sem a instauração do incidente, o agravo é o recurso cabível. O novo CPCb, em boa hora, unifica o regime recursal na matéria (art. 101), dispondo ser sempre cabível o agravo, salvo se a matéria vier a ser decidida na sentença, em que, por força da unirecorribilidade, a questão deve ser decidida em sede de apelação.

é possível afirmar que ao juiz compete decidir sobre a gratuidade de justiça, isto é, dispensa do pagamento das custas. Aos Defensores Públicos cabe avaliar se prestarão a assistência ao necessitado – orientação judicial e extrajudicial. Caso entendam inexistir hipótese de atuação institucional, comunicam o fato ao chefe institucional, que decide a questão (art. 4º, § 8º. c/c art. 4º.-A, III da LC 80/94).

Diante do exposto, apesar de não haver critérios objetivos para concessão da gratuidade, como o regime de comprovação da insuficiência de recursos é bastante simples e facilitado, ao que se soma a ampla recorribilidade das decisões proferidas sobre o tema, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro observada as disposições da Res. 67/187 da ONU.

4.2.2 – As prestações.

O cotejo da norma do art. 5º, LXXIV com as previsões constitucionais anteriores despenda que as prestações do atual esquema não mais se restringirão a seara judicial, em razão da utilização da expressão assistência jurídica em lugar de judiciária. Nesse contexto, a orientação do necessitado englobará todas as atividades relacionadas ao acesso à ordem jurídica justa, ou seja, o auxílio não necessariamente se restringe a relação jurídico-processual³³⁶. Analisemos cada uma dessas prestações.

Como já deve ter restado claro, o esquema abrange a dispensa/isenção custas e encargos processuais, o que temos chamado de gratuidade de justiça. Por custas judiciais entendem-se todas as taxas necessárias ao funcionamento do poder judicial, normalmente adiantadas pelo sujeito que deseja ver o ato processual praticado (art. 19 do CPCb). Considerando ser esse poder o administrador e destinatário dessa receita estatal (art. 98, §2º. da CF/88), a ele compete decidir sobre a concessão da isenção.

Da mesma forma, os demais encargos processuais também estão abrangidos pela dispensa: honorários de advogado decorrentes da sucumbência; honorários de peritos; indenizações pagas pelo deslocamento de testemunhas; publicações em jornais oficiais; depósitos previstos em lei para interposição de recurso e ajuizamento de ações (art. 3º da Lei 1060/50).

³³⁶ ESTEVES; SILVA, 2014: 96.

A gratuidade não engloba apenas os atos praticados por servidor judicial, mas também por notários e registradores (lavratura de escrituras, emissão de certidões, etc). Nessas hipóteses, entretanto, a intervenção judicial ocorre apenas nos casos em que o tabelião, fundamentadamente, suscite procedimento de dúvida (art. 199 da Lei 6015/73), questionando a veracidade da afirmação de carência de recursos realizada pelo indivíduo³³⁷.

A dispensa de pagamento, como antes afirmado, é provisória – afinal pode ser revogada por ato do juiz. Ademais, se o beneficiário for vencido, ser-lhe-á atribuída a responsabilidade de todos os custos processuais, cuja exigibilidade, entretanto, é suspensa até que lhe sobrevenha rendimento suficiente para honrá-los. Decorridos cinco anos do trânsito em julgado da decisão, e inexistindo melhora na situação financeira, nenhuma quantia poderá ser-lhe exigida (art. 12 da Lei 1060/50).

A legislação prevê, ainda, que a gratuidade de justiça seja parcial, é dizer, que abranja apenas algumas despesas do processo, caso a situação patrimonial do indivíduo lhe permita arcar com parte dos custos (art. 13). Outrossim, muito embora não haja previsão legal expressa, a jurisprudência, nas hipóteses de comprometimento episódico da renda, tem admitido o pagamento parcelado das despesas e também sua postergação para o final do processo³³⁸.

Além da dispensa do pagamento de custas e encargos processuais, o esquema abrange a gratuidade da assistência jurídica que, quando prestada pelo Estado, deve ser realizada exclusivamente pela Defensoria Pública, por força da norma do art. 134 da CF/88. Nessa ordem de idéias, foram reputadas inconstitucionais normas estaduais que, subvertendo o modelo, atribuíam à OAB a tarefa³³⁹. Nada impede, entretanto, que advogados, por disposição e vontade própria, não cobrem por seus serviços, é dizer: o modelo *pro bono* de assistência segue admitido.

³³⁷ Conforme decidido pelo CNJ nos Procedimentos de Controle Administrativo 0002680-31.2013.2.00.0000, 0003018-05.2013.2.00.0000 e no Pedido de Providências 0002872-61.2013.2.00.0000, Relator: Conselheiro Saulo Casali Bahia. A Lei Estadual fluminense regulamenta a matéria no mesmo sentido (art. 38 da Lei 3350). O Novo CPCb também assim o faz (art. 98 § 8º).

³³⁸ ESTEVES; SILVA, 2014: 204, em que se menciona o enunciado 27 do Fundo Especial do TJRJ: “Considera-se conforme ao princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV) a possibilidade, ao critério do Juízo em face da prova que ministre a parte autora acerca da possibilidade de recolhimento das custas e a taxa judiciária ao final do processo, ou de recolhimento em parcelas no curso do processo, desde, em ambas as situações, que o faça antes da sentença, como hipótese de singular exceção ao princípio da antecipação das despesas judiciais (CPC, art. 19), incumbindo à serventia do Juízo a fiscalização quanto ao correto recolhimento das respectivas parcelas”.

³³⁹ ADI 4.270/SC, Relator: Min. Joaquim Barbosa.

Assim, aos Defensores Públicos compete o aconselhamento jurídico da população carente, desenvolvendo atividades de educação em direitos, assim como atividades de conciliação, mediação, arbitragem, e outras técnicas de resolução alternativas de conflito. Também por força da abrangência da norma constitucional, deverão defender o interesse dos carentes de recursos em processos administrativos nos quais forem interessados³⁴⁰.

Considerando serem essas atividades realizadas pela Defensoria Pública, são seus membros que analisarão, a partir do sistema de prova introduzido pela Lei 1060/50, se a pessoa fará jus ao serviço prestado pelo órgão. Convém esclarecer que o ato de deferimento do “benefício” não é suscetível de qualquer controle judicial. Com efeito, a autonomia administrativa e funcional do órgão – tema a frente desenvolvido – impede que o Poder Judiciário se imiscua na maneira pela qual a Defensoria Pública levará adiante suas atividades. Por sua vez, como nenhuma lesão a direito pode ficar à margem do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/88), admite-se, em tese, a revisão judicial da decisão de indeferimento da assistência. Entretanto, considerando a autonomia do órgão, o controle jurisdicional deverá ocorrer em hipóteses excepcionálíssimas, em que restarem evidenciados erros grosseiros de apreciação no ato administrativo³⁴¹.

A assistência abrange o atendimento individual e coletivo dos necessitados, não se restringindo a um determinando ramo do direito. Uma pequena digressão merece ser realizada em relação à assistência prestada a réus em processos penais. Como já afirmamos, em 1937 iniciou-se no país uma ditadura, não sendo surpresa que as soluções encontradas pela legislação outorgada pelo chefe do executivo pendessem para o viés utilitarista do processo, em detrimento do garantista. A assertiva realizada é incontestável, uma vez que vem estampada na própria exposição dos motivos que levaram a sua instituição, donde se lê que pretendia a abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social”³⁴².

Curiosamente, esse mesmo diploma, embora inexistente consenso internacional a respeito da indispensabilidade de a defesa a ser realizada por profissional – a DUDH, o PDCP, e a CEDH admitem a possibilidade de um acusado ser processado sem a presença de

³⁴⁰ DE LIMA, 2010: 63.

³⁴¹ ARAUJO; CABRAL, 2006: 186.

³⁴² Sobre o tema, listam-se pelo menos treze características da novel legislação, sendo relevantes: a mitigação do princípio do *in dubio pro reo*; e a não consagração da proibição irrestrita do julgamento *ultra petita* <MARCOS; MATHIAS; NORONHA, 2014: 444>.

um defensor³⁴³ - dispõe ser nulo o processo que tiver curso sem a participação da defesa técnica (arts. 261 c/c 564, III, 'c', c/c 572 *a contrario sensu*), matéria que posteriormente veio ser objeto de súmula editada pelo STF: “*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*”³⁴⁴.

Entretanto, a despeito da indispensabilidade da defesa técnica, esta – segundo o CPPb - será gratuita apenas para o réu pobre, de modo a facilitar seu acesso à justiça, ficando os demais responsáveis pelo pagamento de honorários para o advogado dativo nomeado pelo Juízo (art. 263, § único). Note-se que, à época da edição do CPPb, o principal modelo de prestação de assistência judiciária era aquele instituído com o estatuto da OAB – dever funcional dos advogados – reforçado pela previsão do art. 264 do CPPb. O pouco tempo de vigência da Constituição de 1934 não tinha sido suficiente para implementação dos órgãos oficiais de prestação de assistência jurídica.

Entretanto, atualmente a LC 80/94 dispensa o referido exame de recursos ao se referir aos destinatários da atividade de defesa penal, estendendo-a aos acusados em geral e a pessoas privadas de liberdade “sob qualquer circunstância” (art. 4º, XVIII). Cria, desse modo, verdadeira função atípica da Defensoria Pública, é dizer, não relacionada a insuficiência de recursos econômicos do utente do serviço³⁴⁵. O faz em razão do relevante valor/direito subjacente à questão: a liberdade.

Ademais, convém esclarecer que a CADH regula o direito ao defensor de maneira bastante diferente do que faz a europeia, não condicionando a garantia à insuficiência de recursos (art. 8º, '2'). Daí porque também não se exigir do acusado a prova de sua situação econômica para a atuação da Defensoria Pública. No ponto, vale trazer a baila discussão relacionada a compatibilidade da norma do art. 263 do CPPb com a CADH, é dizer: é

³⁴³ A esse respeito, Mole e Harby ensinam que o direito à assistência judiciária apenas é obrigatório quando o acusado for pobre, a causa for complexa, ou a sanção passível de imposição for suficientemente grave, é dizer, puder acarretar a privação de liberdade <2006: 64>. A mesma orientação pode ser extraída do caso Pham Hoang v. França, parágrafo 39 do acórdão proferido pelo TEDH.

³⁴⁴ Verbete n. 523.

³⁴⁵ DE SOUSA, 2012: 203. É bem verdade que, em seguida, o autor prefere classificá-las em funções tradicionais ou tendencialmente individualistas (critério econômico), ou atribuições não tradicionais ou tendencialmente solidaristas, dentre as quais as atribuições em favor de relevantes valores do ordenamento jurídico (liberdade, ampla defesa, contraditório) <Op. cit.: 206>.

conforme a Convenção cobrar honorários do acusado rico, a serem vertidos para os fundos de aparelhamento da Defensoria Pública (art. 4º, XXI da LC 80)³⁴⁶?

Para que de fato haja um conflito entre as normas é preciso partir de uma premissa: a Convenção impõe aos Estados-partes o dever de proporcionar um defensor sem ônus para o réu. A questão não se mostra de todo simples, uma vez que o tratado dispõe que os citados defensores serão “remunerados ou não, segundo legislação interna”. Uma interpretação desavisada e apressada pode levar à crença de que os Estados, segundo suas margens de apreciação, poderão eleger a forma de remuneração desses profissionais, inclusive impondo esse ônus ao acusado. Entretanto, se assim o fosse, era o próprio acusado que estava proporcionando sua defesa, já que em última análise, o trabalho do profissional se deu em razão do pagamento que fez.

A análise dos trabalhos preparatórios à elaboração da CADH vai ao encontro do aqui afirmado. Com efeito, inicialmente previa-se que o devido processo, em matéria penal, abarcava algumas garantias mínimas, dentre elas a intervenção obrigatória de um advogado remunerado pelo Estado, que realize a defesa do acusado caso ele não queira o não possa contratar um defensor (alínea ‘g’)³⁴⁷. Nos debates, a delegação de Trinidad e Tobago afirmou que teria dificuldades em cumprir essa disposição, porque o âmbito da obrigatoriedade estava fora das possibilidades econômicas de seu país³⁴⁸. Uma nova rodada de negociações teve lugar, agora para discutir proposta daquela mesma delegação, em que se propunha adicionar ao dispositivo o requisito de a assistência gratuita apenas ter lugar quando necessária para os interesses da justiça. A proposta foi rejeitada³⁴⁹.

Observa-se, entretanto, que em data anterior, a delegação da Nicarágua havia sugerido que talvez a redação da alínea ‘g’ devesse ser alterada, substituindo-se a palavra remunerado por proporcionado, uma vez que em alguns países poderia não haver previsão

³⁴⁶ Muito embora essa disposição tenha sido incluída apenas em 2009, com a promulgação da LC 132, muitos Estados-membros já haviam criado Fundos Orçamentários Especiais destinados a promoção intelectual dos membros da carreira e desenvolvimento de estudos específicos dos temas afetos à instituição, estimulando a produção acadêmica e a construção de uma “teoria da Defensoria Pública”. Parte das receitas desses fundos constituía-se dos honorários advocatícios arbitrados em qualquer processo judicial que, pelo princípio da sucumbência caibam à Defensoria Pública, a serem executados pelo respectivo membro (art. 3º. da Lei 1146/87, do estado do Rio de Janeiro).

³⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969: 17.

³⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969: 202.

³⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969: 209.

de remuneração para o advogado nessas hipóteses³⁵⁰. A proposta parece ter sido aceita, resultando no atual texto do tratado.

Assim, para nós a Convenção garante ao réu o direito de ser defendido gratuitamente. A margem de apreciação diz respeito ao modelo de prestação da assistência: *pro bono* – impondo uma espécie de dever funcional ao advogado, ao qual não corresponderia a contraprestação pecuniária; ou remunerando-o por cada atuação (*judicare*); ou mesmo contratando diretamente os profissionais para atuar numa gama indefinida de casos (Defensorias Públicas).

Partindo dessa premissa, temos que o conflito entre as normas pode ser solucionado tanto pelo critério da hierarquia, quanto cronológico, uma vez que a Convenção é posterior ao CPPb, estando em vigor desde 1992, a ela se atribuindo – se não status constitucional como me parece – caráter supralegal³⁵¹. Desse modo, não poderão ser fixados honorários advocatícios em favor dos fundos de aparelhamento da Defensoria Pública, a serem pagos pelo réu rico³⁵².

4.2.3 – Os princípios em que se estrutura a Defensoria Pública.

Ao estruturar o órgão, a legislação nacional tomou como modelo as legislações dos Estados em que a Defensoria Pública já estava implementada. O fez de forma democrática, prevendo a existência de um Conselho Superior, de composição mista (classistas eleitos pelo voto dos membros da carreira, e integrantes da chefia), como órgão encarregado do exercício do poder normativo/regulamentador (arts. 9º, 57, e 101). Reafirmou a garantia de inamovibilidade de seus membros (arts. 43, II; 88, II; 127, II), de sorte que apenas podem ser afastados do órgão de que são titulares após o transcurso de regular processo

³⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969: 92.

³⁵¹ Conforme Recurso Extraordinário 466343, Relator Min. Cezar Peluso.

³⁵² Não é essa a orientação da Corregedoria da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, consoante Ordem de Serviço 009, de 04 de outubro de 2011, onde se lê: “Art. 2º- Se a ausência do patrono constituído à audiência ocorreu exclusivamente por desídia própria, não obstante a regular intimação, o Defensor Público, nomeado em decorrência do parágrafo 2º do artigo 265 do CPP, deverá requerer ao Douto Juízo deprecado o arbitramento de honorários advocatícios pela atuação no ato processual, quando o acusado possuir condição financeira suficiente para arcar com o patrocínio particular”. Também assim os regulamentos expedidos pela Defensoria Pública da União: “Resolução 85, de 11 de fevereiro de 2014, do Conselho Superior. Art. 7º: Nos processos criminais, se restar constatado que a pessoa natural ou jurídica não é necessitada econômica, deverá o Defensor Público Federal provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparelhamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União”.

administrativo-disciplinar e decisão do Conselho Superior. Com isso, busca-se afastar o risco de remoções arbitrárias, resultantes de perseguições de cunho político, em vista do exercício das atribuições.

Ademais, dentre seus princípios institucionais, consagrou a independência funcional (art. 3º), dotando as Defensorias Públicas de autonomia perante os demais órgãos estatais, de modo a viabilizar a prestação da assistência jurídica contra pessoas jurídicas de direito público de que são integrantes, uma vez que se tratam, por força da teoria da desconcentração, de entes despersonalizados³⁵³. Paulatinamente esse princípio foi se solidificando, com sucessivas reformas legislativas, que passaram a conceder ao órgão autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e iniciativa legislativa.

De outra banda, a independência funcional também pode ser vista como garantia dos membros da carreira: embora os Defensores Públicos devam respeito, na seara administrativa, a seus superiores hierárquicos, a formação de seu convencimento é exercida de forma livre e independente, rendendo obediência à lei a sua própria consciência. Com isso, pretende-se evitar a influência de fatores exógenos na formação da opinião jurídica formada em defesa do necessitado³⁵⁴.

Com efeito, ao Defensor Público, além das atividades ordinárias voltadas para a concreção da ordem jurídica em conformidade com princípios da legalidade e da moralidade, dever comum a todo encarregado de função própria ou essencial à Justiça, também compete assumir o permanente enfrentamento dos poderosos ou dos economicamente melhor dotados. Só o Defensor Público tem diante de si a tarefa de defender os direitos dos debilitados e marginalizados numa sociedade desigual, concentradora de riqueza, e propagadora de angústias e horrores da miséria³⁵⁵.

Buscando cada vez mais aperfeiçoar as atividades desempenhadas pelos Defensores Públicos, colocando-os a salvo de pressões de todos os tipos, especialmente políticas, a Emenda Constitucional 45 garantiu às Defensorias Públicas estaduais autonomia funcional, administrativa. Anote-se que, em 2013, a referida autonomia fora estendida às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, por força da Emenda Constitucional 74.

Com a autonomia funcional garante-se ao órgão e a seus integrantes plena liberdade de atuação no exercício de suas funções institucionais, submetendo-se unicamente aos

³⁵³ MENEZES, 2009: 181.

³⁵⁴ ESTEVES; SILVA, 2014: 305.

³⁵⁵ CASTRO, 1992: 17.

limites determinados pela constituição, pela lei e pela própria consciência de seus membros³⁵⁶. Por sua vez, a autonomia administrativa significa que cabe à instituição organizar sua administração e unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, e estabelecer a política remuneratória³⁵⁷.

Assim, foram reconhecidas inconstitucionais normas estaduais que vinculavam a Defensoria Pública à Secretaria de Estado, uma vez que o poder de tutela/supervisão passível de ser exercido pelo titular da pasta sobre os atos praticados pelos Defensores Públicos impede o pleno exercício de suas funções institucionais, dentre as quais se inclui a de agir contra o próprio Poder Público³⁵⁸.

Nesse mesma linha, reputou-se inconstitucional norma da Constituição do Estado de São Paulo que obrigava a celebração de convênios exclusivamente com a OAB para prestação de assistência jurídica nas localidades em que a Defensoria Pública ainda não houvesse sido estabelecida. A decisão baseia-se na premissa de que *“autonomia equivale à idéia de auto-administração, a qual implica poder de escolha, guiado pelo interesse público, entre as alternativas juridicamente reconhecidas a certo órgão”*, pressupondo *“o poder jurídico de emitir, livremente, declarações vinculantes de vontade, assim na celebração de contratos, onde há composição de interesses antagônicos dos contraentes, como na estipulação de convênios, onde há convergência ou comunhão de interesses dos estipulantes”*³⁵⁹.

Outrossim, é de se destacar que a Emenda Constitucional 45 concedeu às Defensorias Públicas Estaduais a iniciativa legislativa em matéria orçamentária, assegurando-lhe o repasse das dotações aprovadas (art. 168 da CF/88). Com isso, buscou-se pôr a Defensoria Pública a salvo das pressões econômicas passíveis de serem exercidas pelos demais poderes. Talvez essa seja uma das maiores garantias para prestação independente da assistência jurídica, já que a atividade necessariamente depende de verbas para ser implementada. De nada adiantaria garantir-se autonomia administrativa e funcional se faltasse material para implementação dos atos de auto-administração.

De acordo com a reforma constitucional, uma vez que aprovada a lei orçamentária cuja iniciativa é da Defensoria Pública, os recursos destinados ao órgão deverão

³⁵⁶ ESTEVES; SILVA, 2014: 39.

³⁵⁷ SILVA, 2011: 169.

³⁵⁸ ADI 3.569, Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

³⁵⁹ ADI 4.163, Relator: Min. Cezar Peluso.

necessariamente lhe ser repassados. Omitindo-se o gestor público, a inércia pode ser corrigida judicialmente, através de mandado de segurança³⁶⁰.

Recentemente, a Constituição foi novamente emendada, tendo-se assegurado à Defensoria Pública a iniciativa para apresentação de propostas de lei que tenham por objeto a criação ou extinção de cargos, bem como sobre a política remuneratória (art. 134, § 4º. c/c art 96, II da CF/88). Completou-se, assim, o processo de construção de um autêntico Ministério Público da Defesa, uma vez que se lhes asseguram estatutos senão idênticos muito semelhantes, muito embora, por óbvio, atribuídas competências diversas na seara penal.

Ademais, a independência dos Defensores Públicos foi reforçada a partir da atribuição da capacidade postulatória em razão de sua posse exclusiva no cargo (art. 4º, § 6º da LC 80), de sorte que nenhum controle sobre suas atividades pode ser desempenhado pela OAB, instituição com a qual não mantêm qualquer vínculo, estando revogado o art. 3º, § 1º do EOAb³⁶¹.

No tocante à assistência jurídica penal, a LC 80/94 também cuidou de especificar de que modo a orientação jurídica integral e gratuita seria prestada, indicando as funções institucionais do órgão (art. 4º), dentre elas o exercício da ampla defesa e contraditório em favor dos necessitados, devendo serem todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses (inciso V); e o acompanharmento de inquéritos policiais (inciso XIV). Outrossim, previu que Defensores Públicos deveriam atuar junto a estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, assegurando a pessoa privada de liberdade, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais (inciso XVII).

Por sua vez, o CPPb tem sido objeto de constantes alterações, cada vez consagrando mais competências à Defensoria Pública, que passa a exercer papel fundamental no processo penal. Assim, ocorrendo uma prisão em flagrante, e não indicando o preso advogado para assisti-lo, cópia do auto deverá ser encaminhado à Defensoria Pública (art. 306, § 1º)³⁶², de modo a viabilizar o controle de legalidade, bem como permitir a atuação com vistas à

³⁶⁰ Nesse sentido: “Mandado de segurança. 2. Ato omissivo de governador de Estado. 3. Atraso no repasse dos duodécimos correspondentes às dotações orçamentárias do Poder Judiciário. 4. Art. 168 da Constituição Federal. 5. Independência do Poder Judiciário. 6. Precedentes. 7. Deferimento da ordem. (Mandado de Segurança 23267, Relator: Min. Gilmar Mendes)”.

³⁶¹ MELLO, 2011: 11.

³⁶² Incluído pela Lei 11.449/2007. A partir de 2011, não apenas as prisões em flagrante, mas todas as espécies de prisão deverão ser comunicadas à Defensoria Pública (art. 289º-A, § 4º).

substituição da prisão por outras medidas cautelares a ela alternativas. Veja-se que não se fazem considerações a respeito da renda do sujeito. A situação de privação de liberdade, em si, justifica a atuação da Defensoria Pública para reequilibrar a relação Estado-acusador *versus* indiciado.

Por outro lado, objetivando compatibilizar o direito à assistência jurídica com a duração razoável do processo, a Defensoria Pública funcionará quando o defensor constituído faltar à sessão do Tribunal do Júri sem motivo legítimo (art. 456, § 2º). Outrossim, ao órgão caberá a apresentação da resposta inicial à acusação, caso o acusado, citado, não contratar profissional para fazê-lo (art. 396-A, § 2º).

Veja-se que em todas essas hipóteses não é realizado o teste de insuficiência de recursos. Isso porque releva a forma trigonal da relação processual, em que a defesa deve ser dotada de mesma dignidade e capacidade técnica que o MP, pois a tutela de inocentes e a refutação das provas de culpabilidade integram funções do interesse tão relevantes quanto o interesse público de punição dos culpados e da colheita de provas a cargo da acusação³⁶³.

Diante de tudo quanto foi exposto, verifica-se que a legislação pretendeu atribuir a esse ator da justiça penal funções de um “curador do princípio da liberdade”, assegurando a todos, independentemente da análise de sua situação econômica, a ampla defesa. Para promover o efetivo acesso à justiça penal, é dizer: a uma defesa criminal substantiva³⁶⁴, os Defensores Públicos gozam de determinadas prerrogativas, a fim de re-equilibrar a desigual relação Estado-acusação *versus* réu, afinal o primeiro tem o domínio da força, arregimentando pessoal e material especializado para investigação de crimes. O desequilíbrio se acentua quando o argüido for pertencente dos estratos sociais mais baixos, de regra com pouca instrução e muitas vezes incapaz de compreender o caráter técnico da linguagem utilizada no processo.

Assim, a intimação dos Defensores Públicos é pessoal, contando-lhe em dobro todos os prazos (art. 128, I), ao passo que os advogados em geral são intimados por publicação em Diário Oficial (art. 370, §1º. do CPPb). Também aos Defensores Públicos é

³⁶³ FERRAJOLI, 2010: 537.

³⁶⁴ Fabio Luis Mariani de Sousa anota que o conceito tradicional de acesso a justiça foi cunhado para o direito processual civil, em que o necessitado deve provocar a justiça, ato custoso. A mesma lógica, salvo nas ações penais privadas, de caráter excepcional, não se aplica ao direito processual penal, em que o sujeito é demandado pelo Ministério Público. A noção de acesso à justiça penal, então, refere-se ao acesso a ordem jurídico-penal justa, ou seja, de uma defesa eficiente, capaz de indicar meios de prova e influenciar na sua formação, interpor recursos, formulando uma antítese robusta à pretensão ministerial <2011: 290/292>.

garantido o poder de requisitar das autoridades públicas exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, documentos, informações e esclarecimentos necessários ao exercício da defesa criminal (art. 128, X). Note-se, outrossim, que a requisição - e não requerimento - expedida pelo Defensor Público é ato administrativo de imperatividade, autoexecutoriedade, e presunção de legitimidade, não dependendo de qualquer decisão judicial para produzir seus efeitos jurídicos. Uma vez expedida, resta aos órgãos da Administração Pública cumpri-la³⁶⁵.

Por outro lado, também como forma de garantir o exercício independente da defesa criminal, já que em última análise um agente do Estado promove os interesses daquele que litiga contra o Estado-acusação, a Lei encerra algumas proibições aos Defensores Públicos. A primeira delas é prevista na Constituição e repetida na legislação complementar: a exclusividade (arts. 46, I; 96, I; e 130, I). Não podem os Defensores Público praticar atos de advocacia fora de suas atribuições institucionais. O sacerdócio é exclusivo, uma vez que a natureza humana tende a optar pela atividade privada, mais rentável, comprometendo a qualidade dos serviços colocados à disposição da população carente.

Outrossim, não podem praticar qualquer ato que de alguma forma colida com as funções inerentes a profissão (arts. 46, II; 86, II; e 130, II), é dizer: ainda que o interesse público - sempre subjacente à atividade pública - recomende determinada solução, sendo essa contrária aos interesses de seu assistido, não poderá optar por aquela uma vez que em rota de colisão com o melhor interesse do necessitado, a quem compete defender em todas as circunstâncias³⁶⁶.

Ademais, com a adoção do modelo do *salaried staff* pela Constituição de 1988 permitiu-se que os profissionais recrutados para trabalharem exclusivamente na defesa do necessitado fossem, pouco a pouco, identificando problemas que afetavam coletivamente os utentes do serviço. Aliás, a possibilidade de tratarem os desprovidos de recursos econômicos como classe de indivíduos, com problemas/direitos semelhantes, é tida como uma das vantagens do modelo, já que muitas barreiras ao acesso a justiça estão inter-relacionadas³⁶⁷.

³⁶⁵ ESTEVES; SILVA, 2014: 604/605.

³⁶⁶ Salvo nos casos em que entender ser a pretensão manifestamente incabível, caso em que deverá comunicar o fato ao Defensor Público-Geral, que poderá rever a decisão e indicar outro membro para acompanhamento do caso (arts. 128, XII c/c 4º, § 8º). Evidentemente não se aplica às hipóteses criminais, já que a defesa técnica é indispensável, devendo necessariamente apresentar o Defensor Público resistência a tese ministerial.

³⁶⁷ Ver nota 226.

Entretanto, até o ano de 2007 não havia norma federal atribuindo à Defensoria Pública legitimidade extraordinária para tutelar coletivamente os direitos dos necessitados. Assim, a regra era negar-lhe a legitimidade, à míngua de norma que expressamente o fizesse, já que ninguém pode tutelar em nome próprio direito alheio (art. 6º do CPCb).

É bem verdade que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro já o fazia, em dispositivo (art. 179) cuja constitucionalidade afirmou o Supremo Tribunal Federal – ao menos em caráter liminar³⁶⁸. Ademais, tendo a LC 80 de 1994 atribuído-lhe a função de promoção da defesa do consumidor (art. 4º, XI da redação original), alguma jurisprudência admitia sua legitimidade para ações coletivas em matéria consumerista por força do art. 82, III do CDC³⁶⁹. De toda sorte, a atuação coletiva da Defensoria Pública era restrita e incipiente, muito embora se tratasse de uma necessidade social.

Almejando tornar práticos e efetivos os direitos da população carente, uma vez que sua tutela coletiva em muitos casos mostrava-se mais eficaz, a Lei 11448 atribuiu à Defensoria Pública a legitimidade para deflagração de ações civis públicas, ao lado do Ministério Público, entes da federação e organismos da Administração Indireta, bem como de associações constituídas há mais de um ano cuja finalidade institucional seja a defesa de algum interesse difuso ou coletivo.

A norma teve sua constitucionalidade questionada, por suposta ofensa aos artigos 5º LXXIV c/c 134; e 129, III³⁷⁰. Segundo a autora da ação – associação dos membros do Ministério Público – atribuir-se à Defensoria Pública a função de tutela coletiva de direitos importaria em usurpação das funções atribuídas a seus associados, bem como possibilitar-se-ia o exercício de tarefas não relacionadas à defesa do pobre.

³⁶⁸ Medida Cautelar na ADI 558, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Do voto colhe-se que: “A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique subsídio estatal”.

³⁶⁹ Conforme decisão prolatada no processo: 0179392-29.1999.8.19.0001, Relator: Des. Nagib Slaibi, TJRJ, assim ementado: “Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela de interesses consumeristas. Legitimidade ad causam do Núcleo de Defesa do Consumidor Defensoria Pública para a propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, com órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal - como a Defensoria Pública - as ações coletivas se tal legitimidade é tranqüilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa ad causam da apelante”.

³⁷⁰ ADI 3.943, Relator: Min. Carmem Lúcia, julgada à unanimidade improcedente no último dia 07 de maio (acórdão pendente de publicação).

Entretanto, os argumentos parecem-nos completamente equivocados³⁷¹. Com efeito, a exclusividade da atuação do Ministério Público é somente em relação a ação penal pública (art. 129, I c/c 129, § 1º); a lei pode atribuir outras tarefas à Defensoria Pública, consoante decidido na ADI 558; o conceito de necessitado – utentes do serviço prestado – engloba não apenas os carentes de recursos econômicos, mas também do ponto de vista organizacional, ou seja, carências relacionadas à vulnerabilidade das pessoas em face das relações existentes na sociedade contemporânea.

Com base na alteração legislativa, inúmeras demandas coletivas têm paulatinamente sido propostas, de modo a tutelar-se com eficiência o direito do necessitado. Dentre as experiências, tem-se ações objetivando impedir a administração de laxantes a pessoas suspeitas da prática de tráfico de estupefacientes, flagradas com objetos estranhos no interior do aparelho digestivo³⁷².

4.3 – Análise crítica do esquema de assistência jurídica gratuita.

Tentamos, ao longo de nossa exposição, demonstrar o caminho pelo qual a assistência judiciária/jurídica foi sendo prestada ao longo do tempo no Brasil. Da caridade, a dever honorífico da profissão, torna-se um direito do necessitado a ser implementado pelo poder público. Pouco a pouco órgãos vão sendo criados para esse fim.

A realidade federal e a disparidade sócio-econômica dos vários membros da federação não permitiu que, de início, um mesmo modelo fosse implementado em todo território nacional. Ora a assistência judiciária/jurídica era prestada pelas Procuradorias dos Estados, ora pelo Ministério Público, ora por departamentos das Secretarias de Justiça, ora por órgãos específicos, dotados, portanto, de certa independência. O sucesso do último modelo, permitindo uma assistência ampla à população carente, já que a atividade poderia ser desenvolvida inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público, fez com que os demais acabassem suplantados.

Com a redemocratização do país e a promulgação da CF/88, acentuada era a preocupação em tornar prático e efetivo o direito de acesso à justiça, mormente em vista de um dos objetivos fundamentais a ser perseguido pelo novo Estado brasileiro: a erradicação

³⁷¹ GRINOVER, 2011: 143/165 .

³⁷² Processo 0307104-11.2013.8.19.0001, sem julgamento definitivo, em curso na 14ª. Vara de Fazenda Pública do TJRJ.

da pobreza (art. 3º, III). Não é a toa que o modelo de prestação de assistência jurídica oferecido pelas Defensorias Públicas passou a fazer parte da estrutura do Estado nacional que se forjava com a nova Constituição.

A relativa novidade impediu, de início, a construção de um autêntico Ministério Público da Defesa. Ano após ano, foi-se reconhecendo a essencialidade e qualidade da tarefa desempenhada³⁷³. A confiança que lhe havia sido depositada cada vez mais aumenta. Novas tarefas lhe são atribuídas. Mais autonomia lhe é concedida para poder, de fato, ser a voz dos excluídos, assim como para reequilibrar a desigual relação Estado-acusação *versus* réu. Por outro lado, o perfil de tutela exclusivamente individual do necessitado altera-se: passa-se a enxergar a população pobre como uma classe, titular de direitos de grupo, a serem tratados coletivamente.

Apesar da multifacetada realidade nacional, fato é que a crescente afirmação e expansão da delimitação institucional do papel da Defensoria Pública tem provocado disputa com outras profissões jurídicas, quer com os advogados – competição pela prestação de serviços jurídicos; quer com o Ministério Público, no âmbito da defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos³⁷⁴. Seus integrantes deverão, portanto, estar sempre vigilantes, a fim de manter a qualidade do trabalho, dispostos a ouvir os utilizadores de seus serviços.

Nesse sentido, cabe aos órgãos de assistência judiciária se adequar à realidade de reforma administrativa, adotando um modelo gerencial, é dizer: buscar abrir espaço à aplicação do princípio da eficiência, estabelecendo critérios para sua avaliação, não apenas de natureza quantitativa – números de processos oficiados - mas também qualitativos. Outrossim, deve existir a participação da sociedade civil na determinação dos objetivos institucionais a serem perseguidos, numa verdadeira interação democrática³⁷⁵.

Recentemente novas alterações legislativas ocorreram. O perfil solidarista e coletivo do órgão foi reafirmado com a Lei Complementar 132/2009, que igualmente previu

³⁷³ A Defensoria Pública do Rio de Janeiro foi considerada como a instituição pública mais eficiente do Estado, em pesquisa realizada pelo ISER (Instituto de Estudos Religiosos) e pela Secretaria Municipal de Saúde no ano de 1996, registrando mais de um milhão de atendimentos à população carente. <VITAGLIANO, 1997: 30>.

³⁷⁴ SOUSA SANTOS, 2011: 52.

³⁷⁵ COGOY, 2012: 41.

a figura do Ouvidor Externo³⁷⁶, como forma de permitir alguma participação popular nas ações a serem implementadas.

Ademais, a qualidade da tarefa deve ser assegurada pelo constante aperfeiçoamento profissional dos membros do esquema de assistência judiciária. Considerando os processos constantes de modificação do direito, quer formais (alterações legislativas), quer informais (mudança de orientação jurisprudencial), o ingresso na carreira após concorrido certame público não é credencial de uma perene competência jurídica.

Essa preocupação parece evidente tanto na legislação nacional, ao dispor ser critério para aferição de merecimento, em disputas de promoção na carreira, a aprovação em cursos de aperfeiçoamento de natureza jurídica (arts. 33, 78, 117 da LC 80). Outrossim, prevê expressamente a hipótese de licença de afastamento para estudo no interesse da Defensoria Pública (art. 126). Ademais, no estado do Rio de Janeiro a Lei estadual 1146/87, que criou o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, atribui-lhe especificamente a tarefa aperfeiçoamento intelectual de seus membros (art. 1º, I).

O sistema tende, dessa forma, a estimular o processo de formação continuada, em abono de sua qualidade, muito embora a nosso juízo fosse ideal a existência de norma que o tornasse uma obrigação, a semelhança do art. 88-A da Lei portuguesa 47/86, já referido.

Por sua vez, a consagração de um princípio do defensor natural (art. 4º-A, IV), ao lado da especialização constante e perene nos assuntos de pessoas hiposuficientes permite, de alguma forma, abrandar a desconfiança do utente do serviço em relação à lealdade do profissional. Com efeito, tendo aquele certeza de que a designação do Defensor Público que lhe assiste se deu por critérios legais previamente estabelecidos, reduzem-se as possibilidades de indicação do profissional consoante interesses do poder público, nem sempre coincidentes com aqueles do utente do serviço. A isso se soma o regime de autonomia introduzido pelas Emendas Constitucionais 45 e 80.

Também o funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública através de núcleos cuja instalação deve ocorrer prioritariamente nas regiões com maior adensamento populacional ou índices de exclusão social (art. 107 da LC 80), contribui para aproximação entre profissionais e público alvo. Ademais, essa aproximação é acentuada em matéria de

³⁷⁶ Cidadão não integrante da carreira, escolhido pelo Conselho Superior, para um mandato de dois anos. Compete-lhe promover atividades de intercâmbio com a sociedade civil, contribuir para disseminação das formas de participação popular no acompanhamento e fiscalização da prestação dos serviços prestados pela Defensoria Pública (art. 105-B e 105-C da LC 80).

execução penal, uma vez que nessa seara devem ser criados núcleos especializados para atendimento de apenados, privados da liberdade ou não (art. 16 da LEP), além de existir de dever funcional de comparecimento periódico aos estabelecimentos prisionais (art. 81-B, V, e art 81-B, § único da LEP). A visibilidade que acabam por adquirir os membros da Defensoria Pública junto a essa população, em razão dos constantes e múltiplos contatos que mantêm, resulta na construção maiores laços de confiança, essenciais para atuação criminal efetiva como antes afirmado.

Talvez por esses fatos tenha a Defensoria Pública, em recente pesquisa, sido reconhecida como órgão integrante do sistema de justiça que mais desperta confiança na população³⁷⁷.

Não procedem, portanto, as críticas ao modelo de que a vinculação funcional ao Estado despertaria e fomentaria desconfiança dos acusados e da população em geral. Embora agentes públicos, os Defensores Públicos têm o compromisso legal de exercer uma defesa criminal efetiva, em benefício do necessitado, sendo revestidos de garantias e prerrogativas que os permitem atuar livre de pressões³⁷⁸. A lealdade desses agentes não se dirige ao governo, mas à ordem jurídica a que devem servir com elevação e independência, sem receio de desagradar agentes de quaisquer poderes, ainda que ao chefe do Poder Executivo³⁷⁹.

Entretanto, não obstante terem conseguido conquistar a confiança em geral da população, a defesa criminal ainda precisa ser aprimorada, afinal importa não apenas o reconhecimento da coletividade, como também e, principalmente, do indivíduo concreto, réu na ação penal. Para tanto, a advocacia zelosa³⁸⁰ deve ser exigida dos Defensores Públicos, através de fiscalização regular das Corregedorias, como também ser conferido ao acusado maiores poderes sobre seu caso, a semelhança da norma do art. 63, n. 2do CPP.

Outrossim, o sistema de defesa criminal necessita de aprimoramento, sobretudo na fase de inquérito. Com efeito, a ausência de obrigatoriedade de assistência do defensor ao indiciado preso, como antes analisado, dificulta-lhe o exercício, uma vez que, na maioria das

³⁷⁷ INSTITUTO ANÁLISE, 2015: 42. De acordo com a enquete, 69% dos entrevistados afirmaram confiar totalmente ou em parte no órgão. O Ministério Público e o Poder Judiciário atingiram 68%, ao passo que a OAB 64%.

³⁷⁸ Tanto assim o é, que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, por exemplo, não se furtou de provocar o constrangimento internacional do Estado brasileiro, requerendo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a aplicação de medidas cautelares, em razão da violação de direitos das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Polinter Base Neves, ao fim deferidas (MC 236/08, CIDH/OEA).

³⁷⁹ NETO, 1993: 54.

³⁸⁰ Vide nota 187.

vezes as investigações levadas a efeito produziram elementos de prova contrários ao acusado. A Lei 11.449, ao introduzir a obrigação de comunicação de prisões à Defensoria Pública não atende integralmente o direito dos necessitados, pois o momento da comunicação é tardio. A assistência gratuita apenas será integral quando também compreender a fase policial, em que meios de prova são produzidos. Ocorrendo a comunicação após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a garantia não é completamente implementada³⁸¹.

Nem mesmo a atribuição genérica de acompanhamento de inquéritos (art. 4º, XIV) contribui para que a assistência seja efetiva na fase policial da persecução criminal. O insuficiente número de Defensores Públicos³⁸², aliada a disciplina do termo inicial da garantia, torna essa tarefa defensiva pontual.

Por outro lado, ao atribuir o poder de requisição ao Defensor Público (art. 128, X), o esquema permite-lhe, em tese, exercer uma investigação criminal defensiva, arregimentando elementos de prova contrários a tese sustentada pelo Ministério Público, com a ressalva de que, por serem produzidas fora da relação jurídico-processual, a elas não se aplica o princípio da comunhão da prova. Sendo seu resultado prejudicial ao réu, poderá/deverá a defesa dispensar sua apresentação³⁸³.

Entretanto, essa virtude do sistema é diminuída tanto pelo reduzido número de profissionais como antes apontado, como pelas deficiências orçamentárias, que resultam na falta de infra-estrutura dos órgãos da Defensoria Pública, e distinção vencimental em relação às demais carreiras jurídicas, estimulantes da evasão profissional³⁸⁴. Porém, o modelo, no geral, é avaliado positivamente, até porque a questão da (in)suficiência de recursos é suscetível de atingir todos os sistemas de assistência jurídica.

³⁸¹ ZAPPALA, 2007: 3.

³⁸² Apenas 41,09% das Comarcas eram atendidas pelos serviços da Defensoria Pública no ano de 2009 <Cf. BRASIL, 2009: 126>.

³⁸³ O projeto de Lei que visa instituir o novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) pretende regulamentar a matéria, muito embora o faça de maneira bastante acanhada, com o propósito de conter uma atividade cuja existência prática se constata (art. 13). De acordo a proposta legislativa, os contatos com testemunhas deveriam ocorrer se essas formalmente oferecessem seu consentimento, vedadas comunicações com as vítimas. Por sua vez, o material produzido poderia ser juntado ao inquérito a critério da autoridade policial e, por óbvio, da defesa, à qual não se atribui qualquer poder de coercitividade <VILARES; BEDIN; CASTRO, 2014: 329/330>. O ordenamento jurídico italiano, por sua vez, encontra outra solução. Apesar de igualmente não atribuir coercitividade à atividade de investigação realizada pela defesa prevê que, se o defensor decidir pela colheita da prova após análise informal da fonte, deverá documentar na integralidade seu resultado e carregá-la aos autos, mesmo que dele resultem fatos prejudiciais ao defendido <SAMPAIO, 2014: 111>.

³⁸⁴ BRASIL, 2009: 257.

5. Sínteses conclusivas.

Ao cabo de tudo quanto foi exposto, podemos sintetizar as idéias debatidas ao longo de todo o texto, nas seguintes proposições:

- A advocacia nasce pela necessidade de terceiro não vinculado psicologicamente à causa exercer a defesa de uma das partes. Em seguida, em razão da crescente complexidade do fenômeno jurídico, a atividade profissionaliza-se, fazendo-se necessário regular a relação com clientes e demais autoridades. Também o modelo processual vigente determinará os contornos do direito à defesa técnica. Em Portugal e no Brasil, dúvidas não há pela adoção do modelo acusatório integrado por um princípio de investigação. Caracteriza-se pela cisão em dois órgãos distintos e independentes das funções de julgar e acusar, e no reconhecimento do réu como sujeito de direitos passíveis de limitar a pretensão punitiva: os direitos de defesa.
- O legislador processual penal goza de ampla margem discricionária ao regulamentar a maneira pela qual a reação a acusação pode ser exercida. Entretanto, numa sociedade democrática, deverá ao menos garantir ao sujeito passível de ser afetado por uma resolução judicial a faculdade apresentar alegações e provas, contradizer as contrárias, com a certeza de que serão valoradas na decisão correspondente.
- Para além corresponder a uma faculdade, acaba o direito de defesa por se tornar nota essencial da decisão judicial: não haverá processo validamente constituído sem que haja reação à imputação. O direito de defesa é compreendido, portanto, em duas perspectivas. Uma de caráter subjetivo: a faculdade atribuída ao indivíduo de reagir à ação contra si instaurada, a fim de perseguir uma decisão favorável, preservando direitos substanciais questionados no bojo de um processo. Outra, de caráter objetivo, sem a qual o processo não se desenvolve, requisito para sua constituição.
- Com efeito, para se tornarem práticos e efetivos, diante da complexidade do fenômeno jurídico e da desigual relação Estado x Indivíduo, a tarefa de resistir a pretensão estatal deve ser exercida por um profissional habilitado. Ademais, a linguagem empregada por seus operadores é complexa e, na maioria das vezes, a comunicação – meio pelo qual se realiza o direito – torna-se frustrada sem a presença de um especialista. Nesse cenário, advogados criminais não são itens de luxo, mas sim artigos de primeira necessidade.

- A despeito de encerrar um direito à prestação jurídica, o legislador não tem livre disposição sobre a matéria. Rompimentos com a tradição legislativa podem importar na vulneração do direito. Por outro lado, tratando-se de nota essencial das garantias de defesa, não pode ele ser retirado nos momentos críticos, sem o que incidirá a lei em inconstitucionalidade. Tais momentos são identificados como aqueles nos quais o arguido pode sofrer grave compressões aos direitos de defesa, notadamente quando presta declarações. Não é a toa que em Portugal, desde 1971, é afirmada a obrigatoriedade de assistência de advogado no primeiro interrogatório do arguido. No Brasil, em razão dos termos do art. 5º, LXIII da CF/88, a jurisprudência do STF não reconhece a invalidade dos interrogatórios realizados em sede policial sem a assistência de advogado. Segundo o STF, a obrigação das autoridades públicas cinge-se a informar o preso de seus direitos. Entretanto, não fosse a doutrina dos momentos críticos, dados da realidade nacional (ausência de audiência de custódia e prática recorrente de tortura) recomendam a mudança dessa jurisprudência.

- O direito a assistência jurídica deve se estender ao momento da execução das penas. A autonomia do direito penal executivo não justifica tratamento diverso no ponto, muito embora a transposição de regras penais e processuais penais não seja automática, em função da autonomia integradora que rege este ramo da ciência global do direito penal. Como o drama individual perdura para além do momento da prolação da sentença, a dimensão garantística não pode permanecer ignorada na fase penitenciária. Com efeito, as decisões das autoridades executivas muito se assemelham às determinações do juiz criminal: resolvem quando o apenado deve ser libertado. A distinção diz respeito apenas ao momento deliberativo: esse decide *a priori* sobre o termo total máximo de aprisionamento; aquelas resolvem sobre o termo de sentença que deverá ser efetivamente cumprido. A norma do art. 147, n. 2 do CEP não acautela, portanto, adequadamente os interesses do apenado, discriminando-o em relação ao acusado sem qualquer fundamento constitucional adequado. O mesmo se diz em relação ao art. 166, n. 2 do RGEP, ao tratar o preso de forma mais gravosa do que o sujeito acusado de contra-ordenação, muito embora as consequências do processo administrativo disciplinar penitenciário possa ter influência na liberdade do apenado.

- Como a garantia de defesa é encarada sob duas perspectivas, a atuação do profissional acaba sendo presidida por dois interesses: tanto dirigido à fidelidade ao cliente,

como dedicado a preservar o normal funcionamento da máquina judiciária. Para exercê-los com independência, o advogado tem o dever de não se envolver em negócios ou colaborações que envolvam o risco de a comprometer. Por isso são criadas hipóteses de incapacidades, impedimentos, e incompatibilidades, interditando-se o acesso à atividade a pessoas que, a partir de olhar externo, revelem dependência. Não concluimos, entretanto, como faz a jurisprudência portuguesa, que o arguido-advogado não pode ocupar simultaneamente a figura do defensor. O livre direito à escolha do profissional faz com que esta possa recair sobre si.

- Também a previsão de imunidades é nota essencial da atividade advocatícia. Se o Estado que persegue criminalmente determinado sujeito pudesse fazê-lo em relação ao profissional que o defende, corre-se o risco de limitar o bom desempenho da profissão, uma vez que a existência, ainda que virtual desse poder, corresponderá a autêntica mordada. Portanto, a atividade deve ser blindada, em homenagem aos interesses jurídico-constitucionalmente protegidos que concretamente defendem os advogados ao desempenhar sua atividade

- À independência e imunidade agrega-se a confiança como nota essencial da advocacia, do que decorrerá o sigilo das comunicações entre advogado e cliente. E, ainda que o paralelismo dever de segredo x inexistência do dever de colaboração tenha sido mitigado pelo disposto no art. 135 do CPP, não devem advogados serem interrogados com vistas a obtenção de confissão por interposta pessoa.

- O modelo ideal de defensor deve reunir a um só tempo qualificações técnicas (educação formal específica e contínua especialização), bem como características pessoais que lhe permitam estabelecer uma relação de confiança com o acusado, em ordem a promover a melhor defesa criminal, e, assim, contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça, assegurando a correção das decisões judiciais e sua aceitabilidade social. Para tanto, deverá realizar cuidadosa preparação do caso, investigando causas exculpatórias ou de redução de pena, bem como participar de programas de atualização e formação continuada.

- O modelo ideal, ainda, deve conquistar empatia e confiança do arguido, pois só assim este sentir-se-á a vontade para revelar fatos íntimos. A dificuldade encontrada por advogados indicados pelo Estado (públicos ou privados) para realização dessa tarefa pode ser transposta através da adoção de determinadas posturas, tais como frequentes e francas comunicações, com o que demonstrará importar-se com o caso e bem-estar do indivíduo. A

adoção de uma advocacia diligente e combativa também é método para estimular a construção desse vínculo de confiança, pois a partir dela o acusado consegue visualizar que o advogado está, de fato, a seu lado.

- Através da advocacia diligente, o profissional deverá fazer com que cliente obtenha tudo o que a lei lhe confere, afinal é difícil identificar *a priori* quais direitos são esses. Entretanto, ainda que se afirme que o defensor deve atingir todos os limites interpretativos que a lei permitir, e/ou limites fáticos que das provas possa se inferir, testando-os se é interesse do cliente assim o fazer, essa atuação não é completamente desregrada. Considerando que as garantias processuais são exercitadas em determinado sistema, não é dado ao defensor atuar de forma a destruí-lo. Veda-se, portanto, a litigância de má-fé.

- A partir do momento em que há profissionalização do Direito, a ausência de recursos econômicos, em tese, se tornou entrave para o indivíduo acessar os tribunais. E, sem poder aceder à justiça, seria impensável a repressão e a reparação prática das ofensas aos direitos fundamentais de sujeitos pobres, de modo que estes se tornariam meras proclamações vazias de conteúdo. Imbuídos de caridade, advogados sempre realizaram a defesa dos mais carentes, prestando-lhes graciosamente a assistência jurídica. Entretanto, as fragilidades desse modelo *pro bono* revelam-se evidentes, afinal sem o estímulo econômico o advogado acabava por relegar essas causas a segundo plano, ainda que inconscientemente.

- O aparecimento do “Estado do Bem-estar Social”, aliado às fragilidades do modelo *pro bono* fizeram aparecer outros dois, em que o poder público assume a tarefa de prestar a assistência jurídica. Atualmente muitos modelos locais mesclam características de ambos, em ordem a melhor atender as necessidades de seus utentes. Com efeito não há “resposta certa” para essa escolha. A relação de custo-benefício deverá ser avaliada de acordo com as peculiares realidades nacionais, mas bons serviços de assistência jurídica gratuita correspondem sempre a níveis altos de disponibilização de recursos financeiros.

- No modelo do *judicare* o Estado presta o serviço por meio de advogados autônomos e privados, remunerados na base do caso-a-caso pelos cofres públicos. O objetivo é oferecer a mesma qualidade da representação a ricos e pobres, como se esses fossem capazes de arcar com os honorários de um bom advogado. A distinção diria respeito apenas quanto a cobrança: o Estado e não o cliente é cobrado desses custos. Para que tal se torne real e atraia os bons profissionais, a remuneração paga deve ser semelhante àquela entregue

pelos clientes privados, o que dificilmente acontece, afugentando-se bons profissionais do esquema.

- No *salaried staff model*, o Estado recruta e contrata profissionais, advogados assalariados, para desempenharem a tarefa. Nesse modelo há possibilidade de o poder público optar por instituir organismos estatais integrados por profissionais com capacidade postulatória, com ele matendo vínculos funcionais de natureza pública; ou também por subsidiar entidades não governamentais. Com a adoção do citado modelo cria-se uma classe de advogados especializados na defesa da população carente, permitindo que os problemas sejam encarados coletivamente. Entretanto, como os profissionais empregados são contratados para atuar em um número indefinido de casos, sua atuação pode tornar-se burocratizada, em lugar da representação de alta qualidade - combativa e criativa - que se espera.

- Em Portugal, uma lei de 1899 pela primeira vez regulou a matéria, muito embora desde o direito ordenacional fossem existentes normas que facilitavam o acesso do pobre à justiça. De acordo com essa legislação, uma Comissão cuidava de examinar os pedidos, sendo o âmbito cognitivo tanto a alegada situação de pobreza como a viabilidade da pretensão. Advogados nomeados por juízes exerciam a tarefa, sem perceber qualquer contraprestação pecuniária. O Decreto Lei 33548 e a Lei 7/70 alteraram a disciplina a respeito da matéria, esta última suprimindo a petição de assistência judiciária, estendendo o direito aos réus em processo criminal. Entretanto, deveriam eles fazer frente a despesa de honorários de advogado em caso de condenação, o que representava um ônus excessivamente oneroso aos acusados pobres, e fazia surgir um conflito de interesses, afinal o defensor era confrontado entre exercer uma defesa eficiente e quiçá deixar de ser remunerado, ou fazê-lo de forma desleixada e possivelmente receber os honorários.

- Com a promulgação da Constituição de 1976, pela primeira vez o tema assistência jurídica é tratado pela norma fundamental. Entretanto, apenas em 1982, com a Lei Constitucional 01, reconheceu-se que o direito abarcava também a fase pré-processual. Na sequência, é promulgado o DL 387-B de 1987, revolucionando o esquema português, não apenas em razão de seu âmbito de aplicação, mas sobretudo por atribuir ao Estado o ônus financeiro pela implementação do direito à assistência jurídica, assegurando-se aos profissionais adequada remuneração. A defesa oficiosa, à época, era relegada a segundo

plano. Advogados e estagiários poderiam exercê-la, sendo nomeados pelo juiz nos casos urgentes ou nas hipóteses em que a OA deixasse de o fazer no prazo de cinco dias.

- Visando descongestionar os tribunais, a Lei 30-E/2000 desjudicializa o incidente para concessão da assistência jurídica, deslocando a competência para os Serviços de Segurança Social. Segundo o referido regime, a OA tinha capacidade exclusiva para nomear o patrono, regime que seguia sem aplicação às defesas oficiosas. Também era o juiz penal que decidia o requerimento de concessão do apoio judiciário.

- Com a necessidade de se introduzir rigor nos parâmetros de concessão de assistência, notadamente com o estabelecimento de critério objetivo e transparente, é promulgada a Lei 34/2004, que, com as alterações promovidas em 2007, corresponde ao esquema vigente. De acordo com o atual esquema, pessoas físicas e coletivas podem ser titulares do direito à proteção jurídica. Tratando-se de garantia para cuja implementação são despendidos recursos, natural que não seja extensível à totalidade de indivíduos. Assim, cidadãos não europeus podem estar excluídos do esquema. Essas exceções não abrangem, todavia, o estrangeiro pobre arguido em processo-crime. Em todas as hipóteses a ele deve ser atribuído graciosamente um profissional para realizar sua defesa técnica. No tocante à pessoas coletivas, estão excluídos do esquema aquelas exercentes de atividade económica, inexistindo qualquer inconstitucionalidade no ponto. Entretanto, caso se trate de pessoa coletiva arguida em processo crime, relevará não sua finalidade, mas sim a (in)suficiência de recursos.

- Nos termos do atual esquema, o direito à proteção jurídica consiste 1) na prestação de consultas jurídicas; 2) na dispensa de taxas e demais encargos com o processo; 3) a nomeação e pagamento da compensação de patrono; 4) o pagamento da compensação de defensor oficioso; 5) o pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo; 6) a nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; 7) o pagamento faseado da compensação de defensor oficioso; 8) e a atribuição de agente de execução. A primeira respeita a esclarecimentos técnicos sobre direito aplicável a uma questão concreta ou em vias de acontecer. Não atingiu a universalidade esperada, a revelar que o esquema de assistência jurídica português ainda centra-se com exclusividade na assistência judiciária, é dizer: processual.

- O nomeação do defensor oficioso, com a nova legislação, passou a ser de inteira responsabilidade da OA mesmo em hipóteses urgentes, sepultando os inconvenientes

decorrentes da atribuição dessa tarefa ao juiz, assegurando-se maior independência aos advogados. Apenas participam do esquema advogados que voluntariamente pretendam o fazer. Antes, considerando o dever profissional de colaboração no acesso ao direito, as nomeações recaíam sobre quaisquer profissionais. O advogado poderá indicar, ademais, sua área preferencial de atuação, medidas essas que tendem a melhorar a qualidade do esquema. Sem explicação razoável, entretanto, passou-se a interditar a possibilidade de o arguido eleger o defensor oficioso, a partir de uma listagem fornecida pela OA, dificultando o estabelecimento de vínculos de fidúcia.

- O esquema português foi construído de forma vertical, é dizer: baseado na opinião de técnicos (pertenciam eles a classe dos advogados ou do corpo auxiliar do governo), não havendo, ao que parece, preocupação com a visão dos utentes. É moldado segundo a oferta e não a demanda, tornando-o mais autoritário. A impossibilidade de escolha, a ausência de exclusividade e da exigência de formação contínua, e a disciplina do sigilo profissional (ao que se somam algumas equivocadas decisões permitindo a tomada de depoimento do advogado contrariamente aos interesses do réu) contribuem para o não estabelecimento de uma relação de proximidade, em franco prejuízo a defesa criminal. Entretanto, o sistema de pagamento da compensação instituído pela Portaria 1386/2004 parece estimular sua qualidade, uma vez que são pagos valores em razão da atuação na fase recursal, de sorte que tendencialmente mais recursos são interpostos, em benefício do acusado e de todo sistema de justiça (a correção das decisões é assegurada pela revisão judicial do provimento).

- No contexto do Estado Social de Direito que vinha ser implementado no Brasil em 1934, pela primeira vez aparece a referência do direito à assistência judiciária na Constituição – antes mesmo, é verdade, de se assegurar o direito genérico de acesso aos tribunais para defesa de posições jurídicas. A mesma norma determinava que órgãos especiais iriam ser criados para esse fim, em vista da baixa qualidade do esquema de assistência prestado graciosamente por advogados, aliado ao sucesso da experiência da criação desses serviços na capital federal. Entretanto, a vigência efêmera da Constituição de 1934 não permitiu que citados órgãos fossem criados no país.

- Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1946 o tema assistência judiciária retorna ao texto constitucional, sem, todavia, prever-se a maneira pela qual o Estado se desincumbiria do dever prestacional. A Lei 1060/50, cria um modelo

misto, em que prioritariamente cabe ao poder público a prestação da tarefa. Supletivamente, sem qualquer ônus, a tarefa caberia a advogados, em razão de deveres deontológicos. Num cenário federal, cada ente da federação criou um esquema para prestação da assistência, ora atribuindo a tarefa à Procuradoria Geral, ora ao Ministério Público, ora às Secretarias de Justiça, ora a órgão exclusivamente destinado a esse mister, integrado por profissionais em carreira. Será este último modelo o embrião da Defensoria Pública.

- Mesmo após o golpe militar de 1964, a Constituição seguiu tratando do tema, muito embora a maioria das garantias individuais consistissem em meras proclamações desprovidas de executoriedade. O esquema existente no estado do Rio de Janeiro, entretanto, pôde florescer. A Constituição do novo Estado-membro previa a existência do órgão que chamou de “Assistência Judiciária”. A fim de regulamentar os dispositivos constitucionais estaduais, em 1977 é promulgada a LC 06, consolidando princípios modernos e eficientes para estruturação de um órgão público, muitos dos quais repetidos, quase vinte anos após, na legislação nacional.

- Instalada a Assembleia Constituinte, intensos debates foram travados a respeito do tema, a cargo da Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público. Em vista de desequilíbrios da justiça penal brasileira, claramente seletiva, bem como as vantagens de adoção do modelo de prestação de assistência jurídica pela Defensoria Pública, dotada de prerrogativas e garantias semelhantes ao órgão adversário – o Ministério Público - o órgão passou a compor o modelo de Estado que era cunhado. A falta de consenso político e a relativa novidade do órgão impediram, entretanto, que se criasse um autêntico Ministério Público da Defesa, fixando com precisão as prerrogativas e regime jurídico de seus membros. Apenas recentemente, com a promulgação da Emenda 80, o citado desiderato foi posto em prática.

- A nova norma fundamental promove verdadeira revolução no tocante ao direito de acesso do pobre à justiça, uma vez que além de assegurar o direito à assistência jurídica prevê qual órgão irá prestá-lo, tamanha a importância do valor que subjaz a questão. O referido comando acaba, por exemplo, por interditar qualquer tentativa estatal de desvirtuar o modelo, atribuindo a entidade diversa, à exemplo da OAB, a competência para prática desses atos.

- São beneficiários do direito pessoas físicas e jurídicas. Quanto a essas, diversamente do que acontece com os primeiros, deverão comprovar a insuficiência de

recursos, tenham finalidade lucrativa ou não. Com relação àquelas, presume-se a pobreza por mera declaração, cuja presunção de veracidade é relativa. Entretanto, na seara penal o exame de recursos não é realizado, de sorte que funcionam os defensores públicos como “curadores do princípio da liberdade”, atuando em prol de ricos e pobres. Nem mesmo em favor de fundos de aparelhamentos podem ser cobrados honorários daqueles, em razão da interpretação histórica que se deve fazer do art. 8 da CADH.

- Para promover o efetivo acesso à justiça penal, é dizer: a uma defesa criminal substantiva, aos Defensores Públicos é assegurada independência funcional (formação de seu convencimento é livre, rendendo obediência à lei e sua consciência), além certas prerrogativas, a fim de re-equilibrar a relação Estado-acusação *versus* réu, tal como a possibilidade de requisitar documentos e perícias, em ordem a promover a investigação criminal defensiva. O sacerdócio também é exclusivo, evitando que se opte pela atividade privada em detrimento da pública, e em prejuízo do assistido.

- A despeito da díspar realidade nacional, a crescente afirmação e expansão da delimitação institucional do papel da Defensoria Pública tem provocado disputa com outras profissões jurídicas (advogados – competição pela prestação de serviços jurídicos; Ministério Público, no âmbito da defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos). A situação reclama constante vigilância por parte de seus membros, em ordem a fornecer o serviço de qualidade. Para tanto, devem estar abertos a um modelo gerencial de administração, e constantemente se aperfeiçoar, atuando de forma diligente e combativa, com vistas a abrandar a desconfiança do utente do serviço em relação à lealdade do profissional. A fiscalização regular de Corregedorias assume papel fundamental no ponto.

- Com efeito, se se pretende afirmar como instrumento de garantia do acesso à justiça, deverá desempenhar com qualidade a tarefa que lhe foi atribuída, afinal em última análise pode ser substituída por “outros atores da justiça”, caso não se mostre à altura do múnus que lhe foi confiado.

Referências bibliográficas

ABRANCHES-FERRÃO, Fernando de; ZENHA, Francisco Salgado. O Direito de Defesa e a Defesa do Direito. Contra-alegação para o S.T.J e algumas peças do processo, Lisboa: OA, 1971.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª. edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEGRE, Carlos. Acesso ao direito e aos tribunais, Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

ALEXANDER SMITH, Thomas Paul.

The zealous advocate in the 21st century: concepts and conflicts for the criminal defense lawyer, tese de doutoramento apresentada à University of West England, Bristol, 2010.

Zealous Advocates: the historical foundations of the adversarial criminal defense lawyer, em Law, Crime and History, 2012.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. Assistência Judiciária, em Boletim do Ministério da Justiça, n. 198, Lisboa: Ministério da Justiça, 1970.

ALPERT. Geoffrey P. Inadequate defense counsel: an empirical analysis of prisoners' perceptions, em American Journal of Criminal Law, vol. 7, 1979.

ALPERT, Geoffrey P; HICKS, Donald A. Prisoner's attitudes toward components of the legal and judicial systems, em Criminology, vol. 14, n. 4, 1977.

ALVES, Adalberto. História breve da advocacia em Portugal. Lisboa: Clube do Colecionador dos Correios, 2003.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. Direitos humanos na administração da justiça: Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados, volume 1, Nova Iorque: Nações Unidas, 2003.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. ABA standards for criminal justice prosecution function and defense function, 3a. edição, Washington: American Bar Association-Criminal Justice Section, 1993.

ANDERSON, James M.; HEATON, Paul. How Much Difference Does the Lawyer Make? The effect of defense counsel on murder cases outcomes, Santa Monica, CA: RAND Infrastructure, safety and environment, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa.

Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, 2ª edição, (direção Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra editora, 2012.

Sobre as proibições de prova em processo penal, 1ª edição reimpressa, Coimbra: Coimbra editora, 2013.

ANDRÉ, Adélio Pereira. Defesa dos direitos e acesso aos tribunais. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

ANTUNES, Maria João.

O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação, em Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra editora, 2003.

Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e jurisprudência constitucional, em Julgar, n. 21, Coimbra: Coimbra editora, 2013.

ARAÚJO, Jerónimo da Silva. O perfeito advogado, tradução de Miguel Pinto de Meneses, Lisboa, 1969.

ARAUJO, José Aurélio de; CABRAL, Saullo Tassio Gato. A atribuição exclusiva do Defensor Público para aferir o direito à gratuidade de justiça, em Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 21, Rio de Janeiro, 2006.

ARNAUT, António. Iniciação à advocacia: história, deontologia, questões práticas, Coimbra: Coimbra editora, 2011.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório Anual do Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura, Rio de Janeiro: ALERJ, 2013.

BABO, Carlos. Assistência Judiciária, Porto: Livraria Latina Editora, 1944.

BARREIROS, José António. Sistema e Estrutura do Processo Penal Português, vol. II, Oliveira de Azeméis: CIC – Centro de Impressão Coraze, 1997.

BARRETO GOMES, Sofia. O acto comunicacional do advogado – entre a nudez crua da verdade e o manto diáfano da poesia, Porto: Gabinete Jovens Advogados do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados do Porto, 2005.

BARROSO, Luís Roberto.

O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 7ª. edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução, em Tratado de Direito Constitucional (coord. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento), 2ª. edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia, em Revista de Estudos Criminais, n. 19, Porto Alegre: Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, 2005.

BATTISTELLI, Luigi. A mentira nos tribunais: estudos de psicologia e psicopatologia judiciária, tradução de Fernando de Miranda, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra editora, 1977.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas, tradução de Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BELEZA DOS SANTOS, J. Os tribunais de execução das penas em Portugal (razões determinantes de sua criação – estrutura – resultados e sugestões), Coimbra, 1953.

BEIRAS, Iñaki Rivera. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción de un ciudadano de segunda categoría, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

BENTLEY, David; THOMAS, Richard. Fair Trial, em Human Rights in the investigation and prosecution of a crime (Madeleine Colvin e Jonathan Cooper editors), Oxford: Oxford University Press, 2009.

BERGER, Vivian O. The Supreme Court and Defense Counsel: Old Roads, New Paths - A dead end? em Columbia Law Review, vol. 86, n. 1, 1986.

BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e de processo penal, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra editora, 1974.

BEXIGA, Valério. Manual de Deontologia Forense. Faro: Ordem dos Advogados - Conselho Distrital do Faro, 2003.

BLANKENBURG, Erhard. The lawyers' lobby and the welfare state: the political economy of legal aid, em The transformation of legal aid: comparative and historical studies (Francis Regan *et al* editores), Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOCCACCINI, Marcus T.; BRODSKY, Stanley L. Characteristics of the Ideal Criminal Defense Attorney from the Client's Perspective: Empirical Findings and Implications for Legal Practice, em Law and Psychology Review, vol. 25, 2001.

BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil, Porto: Editora da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique, 2003.

BRANCO, Patrícia. O acesso ao direito e à justiça: um direito humano à compreensão. Coimbra: Oficina do CES, 2008.

BRANDÃO, Nuno. Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, Tese de doutoramento apresentada à FDUC, sob a orientação de Maria João Antunes, 2013.

BRASIL.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, volume XXI, 1933.

Assembleia Nacional Constituinte: Atas de Comissões, Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público, 1987a.

Assembleia Nacional Constituinte: Atas de Comissões, Comissão de Sistematização, 1987b.

III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil, Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2009.

CACHERIS, Plato. Responsibilities of a Criminal Defense Attorney, em Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 30, 1996.

CAIRES, João Gouveia. Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo, versão impressa da Conferência apresentada no colóquio *As propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal*, realizado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 2, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª. edição revista, Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice, vol. I, livro I, Milão: Promissing Institutions, 1978.

CARAPINHA, Conceição. A compreensibilidade do discurso judiciário – algumas reflexões, em em Linguagem, argumentação e decisão judiciária (coord. Rui do Carmo), Coimbra: Coimbra editora , 2012.

CARDOSO, Augusto Lopes. Do segredo profissional na advocacia, Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 1997.

CARMO, Rui do. A exigência e relevância democráticas da compreensibilidade do discurso jurídico, em Linguagem, argumentação e decisão judiciária (coord. Rui do Carmo), Coimbra: Coimbra editora , 2012.

CARVAHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais penais do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado, em Processo Penal do Brasil e de Portugal: Estudo comparado - As reformas portuguesa e brasileira, Coimbra: editora Almedina, 2009.

CASPER, Jonathan D.

Did you have a lawyer when you went to court? No, I had a public defender, em Yale Review of Law and Social Action, vol. 1: ISS.4, Article 1, 1971.

Having their day in court: defendant evaluations of the fairness of their treatment, em Law & Society Review, vol. 12, n. 2, 1978a.

Criminal Courts: The Defendant's Perspective. Washington: Department of Justice, Law Enforcement Assistance Administration, 1978b.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. A Constituição e a Defensoria Pública, em Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 6, Rio de Janeiro, 1992.

CHIARETTI, Daniel. Breve histórico do desenvolvimento institucional da assistência jurídica no Brasil, em Boletim da Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa, n. 1, Brasília, 2012.

COGOY, Daniel. Assistência jurídica e judiciária no Brasil – legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro, em Boletim da Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa, n. 01, Brasília, 2012.

COMITÉ EUROPEU PARA PREVENÇÃO À TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES. Report to the portuguese government on the visit to Portugal carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Estrasburgo: CPT, Conselho da Europa, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Brasília: CNV, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 3ª. edição, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

CORREIA, Eduardo. Processo Criminal: segundo as prelecções do Prof. Doutor Eduardo Henriques da Silva Correia ao curso do 5º. ano jurídico de 1953/54, Coimbra, 1954.

CORREIA, Eduardo; RODRIGUES, Anabela Miranda; COSTA, António Manuel de Almeida. Direito criminal III (1) : lições ao curso complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980.

COSTA, Salvador. O Apoio Judiciário, 9ª edição actualizada e ampliada (legislação anotada), Coimbra: Editora Almedina, 2013.

COUNCIL OF CANADIAN ADMINISTRATIVE TRIBUNALS. Literacy and access to administrative justice in Canada: A guide for the promotion of plain language, Ottawa: CCAT, 2005.

COUTURE, Eduardo. Os mandamentos do advogado, reimpressão, tradução de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DA SILVA, José Fontenelle Teixeira.

A defesa do cidadão e o Estado-Membro, em Revista da Defensoria Pública, n. 5, Rio de Janeiro, 1991.

Defensoria Pública e política institucional: a falta de uma doutrina, em Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 17, Rio de Janeiro, 2001.

DA SILVA, Marco António Marques. Acesso à justiça penal e estado democrático de direito, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

DE LIMA, Frederico Rodrigues Viana. Defensoria Pública, Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

DE OLIVEIRA, João Gualberto. Segredo profissional do advogado, primeiro protector da justiça, em Revista Scientia Iuridica, tomo 14, n. 71/72, Braga: Livraria Cruz, 1965.

DE SOUSA, José Augusto Garcia. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009) a visão individualista a respeito da instituição? Em Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 25, Rio de Janeiro, 2012.

DIAS. Jorge de Figueiredo.

O defensor e as declarações do arguido em instrução preparatória, em Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XVIII, Coimbra: Livraria Atlântica, 1972.

A nova Constituição da República e o Processo Penal, em Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1976.

Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal , em O novo código de processo penal / Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1988 do Código de Processo Penal, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 8, Coimbra: Coimbra editora, 1998.

Direito Processual Penal, reimpressão, Coimbra: Coimbra editora, 2004.

Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 18, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª. edição (2ª. reimpressão), Coimbra: Coimbra editora, 2012a.

Acordos sobre a sentença em processo penal. Um caso exemplar das relações entre o direito processual penal e o direito constitucional, em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho, Coimbra: Coimbra editora, 2012b.

Direito Penal Português, Parte Geral II: as consequências jurídicas do crime, 4ª reimpressão, Coimbra: Coimbra editora, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena, reimpressão, Coimbra: Coimbra editora, 2013.

DUARTE, Ronnie Preuss. A garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ERNST, Beling. AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Juián. Las prohibiciones probatorias, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do Direito Penal, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 2, Coimbra: Coimbra editora, 1992.

FAUSTO, Boris. História do Brasil, 2ª. edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reação defensiva à imputação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3ª. edição revista, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Lições de Direito Penal, parte geral I (A lei Penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982), reimpressão da 4ª. edição de 1992, Coimbra: Editora Almedina, 2010.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3ª. edição, Rio de Janeiro: NAU editora, 2002.

FRANCISCO ALVES, Cléber.

A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. Tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. José Ribas Vieira, Rio de Janeiro, 2005.

Percorso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil, em Revista de Processo (coordenação Teresa Arruda Alvim) vol. 184, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCISCO ALVES, Cléber; PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso a justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GASPAR, António Henrique.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Direito Penal e Processo Penal) 2002, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, vol. 13, Coimbra: Coimbra editora, 2003.

Processo Penal: Reforma ou revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade, em RPCC, n. 18, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

GIANARIA, Fulvio; e MITTONE, Alberto. O advogado necessário, tradução de Alberto Luís, Coimbra: editora Almedina, 2011.

GOMES, Conceição.

Monitorização da Reforma Penal, Segundo Relatório Semestral (Boaventura de Souza Santos, coord. científico; Paula Fernando *et al*, investigadores), Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais da FEUC, 2008.

O sistema judicial e os desafios da complexidade social. Novos caminhos para o recrutamento e a formação de magistrado (Boaventura de Souza Santos, coord. científico; Paula Fernando *et al*, investigadores), Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais da FEUC, 2011.

GONÇALVES, Renato; VIANA, Maria do Carmo. Lisboa: 1º. Relatório de monitorização do sistema de acesso ao direito, Lisboa: Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito, Ministério da Justiça, 2009.

GOODPASTER, Gary. The adversary system, advocacy, and effective assistance of counsel in criminal cases, em New York University Review of Law and Social Change, vol. XIV, 1986.

GOSSEL, Karl-Heinz A posição do defensor no processo penal de um Estado de Direito, tradução de Anabela Miranda Rodrigues, em Boletim da Faculdade de Direito, vol. 59, Coimbra, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, em Revista da Defensoria, ano 04, vol. 2, São Paulo, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antoni Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 8ª. edição revista e atualizada, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

GROSS, John P. The true benefits of counsel: why ‘do-it-yourself’ lawyering does not protect the rights of the indigent, em New Mexico Law Review, vol. 43, 2013.

GROSS, David J. Sixth and Fourteenth Amendments – appointed counsel has no constitutional duty to argue all nonfrivolous issues on appeal, em Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 74, 1983.

GUEDES DA COSTA, Orlando. Direito profissional do advogado: noções elementares, Coimbra: editora Almedina, 2010.

GUERRA, Armando. Assistência Judiciária, Coimbra: Coimbra editora Lda., 1963.

HABERMAS, Jurgen. Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem, em obras escolhidas de Jurgen Habermas, vol. 2, tradução de Lumir Nahodil, Lisboa: Edições 70 Lda., 2010.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A Defensoria Pública paulista: caminhando na contramão, em Revista da Defensoria, ano 04, vol. 2, São Paulo, 2011.

HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal: La medida da la constitución, tradução de Tania Ixchel Atilano Camacho, Del Azcapotzalco - México: Editorial Ubijus, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Inquérito aos sentimentos de justiça num ambiente urbano (Alice Ramos *et all*, investigadores), Coimbra: editora Almedina, 2005.

HOECKE, Mark Van. Law as Communication, Hart Publishing: Oxford, Portland Oregon, 2002.

INSTITUTO ANÁLISE. Pesquisa quantitativa. CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, São Paulo, 2015.

INSTITUTO DE ACESSO AO DIREITO. Diagnose do sistema de acesso ao direito e aos tribunais, Lisboa: OA, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal (tradução de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª. edição corrigida e ampliada, Granada: Comares editorial, 2002.

JUSTO, Santos A. Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos), 4ª. edição, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

KADISH, Sanford H. The advocate and the expert-counsel in the peno-correctional process, em Minnesota Law Review, vol. 45, 1960.

KOMBE, Jean-François Akandji. Positive obligations under de European Convention on Human Rights: a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, Estrasburgo: Conselho da Europa, 2007.

LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal, tradução de Carmen Vásquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013.

LAUREANO, Abel. O cliente e a independência do advogado, 2ª. reimpressão, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2003.

LAURIS, Elida. Entre o social e o político: A luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo, em Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 87, Coimbra: Centro de Estudos Socias, 2009.

LINS E SILVA, Tércio. Advocacia Criminal, em Revista do Advogado, n. 72, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003.

LOUREIRO, Antonio Tovo; MALACARNE, Emília Klein. O papel do defensor na ditadura militar brasileira, em Advocacia Criminal: Direito de defesa, ética e prerrogativas (Flavio Mirza e Diogo Malan coordenadores), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal, 10ª. edição revista, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. História do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MARIANI DE SOUSA, Fabio Luis. A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal, Porto Alegre: Nuria Fabris editora, 2011.

MARQUES DA SILVA, Germano.

O direito de não estar só ou o Direito a acompanhamento por advogado, em Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976: evolução constitucional e perspectivas futuras, Lisboa: AAFDL, 2001.

Direito Penal Português: teoria do crime. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

MARQUES, José Dias. Acerca da proposta de lei de assistência judiciária, em ROA, ano 30, Lisboa: Ordem dos Advogados, 1970.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; DOMINGUES, Mafalda. Simplificar com linguagem clara, em Linguagem, argumentação e decisão judiciária (coord. Rui do Carmo), Coimbra: Coimbra editora , 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Parecer elaborado a pedido da Associação Paulista de Defensores Públicos, São Paulo, 2011, disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/adi-defensoria-vinculo-oab-parecer.pdf>, acesso 27 de abril de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 7ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENEZES, Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, garantias e prerrogativas de seus membros, em Advocacia Pública e Defensoria Pública: funções essenciais à justiça (org. André da Silva Ordacgy e Guilherme Jose Purvin de Figueiredo), Curitiba: Editora Letra da Lei, 2009.

METZGER, Pamela R. Beyond the bright-line: a contemporary right-to-counsel doctrine, em Northwestern University Law Review, vol. 97, 2003.

MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil, tomo I, 5ª. edição revista e atualizada por Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada (Maria da Glória Garcia, *et all* colaboradores), 2ª. edição, Coimbra: Coimbra editora, 2010.

MOLE, Nuala; HARBY, Catharina. A guide to the implementation of article 6 of the European Convention on Human Rights, 2ª. edição, Bélgica: Conselho da Europa, 2006.

MONTEIRO, Fernando Conde. O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas), em *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, tradução de Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Humberto Peña de. A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático, em *Revista e Direito da Defensoria Pública*, n. 02, Rio de Janeiro, 1996.

MORAES, Humberto Peña de; DA SILVA, Jose Fontenele Teixeira. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Garantias constitucionais e advocacia criminal, em *Revista da Faculdade de Direito*, n. 2, edição comemorativa dos 60 anos, Rio de Janeiro: UERJ, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa.

O direito à assistência jurídica, em *Revista de Direito da Defensoria Pública*, vol. 05, Rio de Janeiro, 1991.

O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, em *Revista da AJURIS*, n. 55, Porto Alegre, 1992.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça, em *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 46, Rio de Janeiro, 1993.

NEVES, António Castanheira. Sumários de Processo criminal, Coimbra, 1968.

NUNES, António Avelãs. O Estado capitalista e as suas máscaras, 3ª edição revista, Lisboa: Edições Avante!, 2013.

OLIVEIRA, Francisco da Costa.

Defesa criminal activa. Guia de sua prática forense, 2ª. reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2006.

A defesa e a investigação do crime, 2ª. edição, Coimbra: Editora Almedina, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, actas y documentos, São Jose, Costa Rica: Secretaría General da OEA, 1969.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão (Boaventura de Sousa Santos, director científico), Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

PEREZ, Alex Carocca. Garantía constitucional de la defensa. Versão escrita do discurso pronunciado nas Primeiras Jornadas de Direito Processual em Lima, 1997.

PIAZENTIN, Tania; GONÇALVES, Renato. Do defensor oficioso: uma análise do regime jurídico português numa perspectiva comparada, Lisboa: DGPI, Ministério da Justiça, 2010.

PIMENTA, José da Costa. Código de Processo Penal Anotado, 2ª. edição, Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

PORTUGAL. Estatísticas sobre gabinetes de consulta jurídica (2008-2010), em Boletim de Informação Estatística n. 5, Lisboa: DGPI, Ministério da Justiça, 2011.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 19ª. edição, revista ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

RAPOSO, Mário. O acesso ao direito e a Ordem dos Advogados, em ROA, ano 37, Lisboa: Ordem dos Advogados, 1977.

ROCHA, Jorge Luís. Historia da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda.

Relatório: justificação do programa, do conteúdo e dos métodos do ensino teórico e prático da disciplina de Direito Penitenciário, Coimbra, 1999.

Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra editora, 2002.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SÁ, Octaviano. Assistência judiciária – a humanidade do processo – a colaboração do advogado, em ROA, ano 04, n. 1 e 2, Lisboa: Ordem dos Advogados, 1944.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: Possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensive, em Advocacia Criminal: Direito de defesa, ética e prerrogativas (Flavio Mirza e Diogo Malan coordenadores), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SANTIAGO, Rodrigo.

Sobre o novo regime jurídico-penal da responsabilidade dos advogados por factos praticados no exercício da profissão, em *Sub judice*, vol. 14, 1999.

O defensor e o arguido no processo penal português, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, vol. 17, Coimbra: Coimbra editora, 2007.

Reflexões sobre a 15ª. alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 18, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime de colarinho branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), Coimbra: Coimbra editora, 2001.

SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. Defesa técnica x autodefesa, em Boletim do IBCCRIM, n. 48, São Paulo, 1996.

SEVILLA, Charles M. Criminal defense lawyers and the search for truth, em Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 20, 1996.

SMITH, Abbe. The difference in criminal defense and the difference it makes, em Washington University Journal of Law and Policy, vol. 11, 2010.

SMITH, Roger. Assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes: modelos de organização e de prestação do serviço, tradução de Cléber Francisco Alves, em Revista da Defensoria Pública, ano 04, vol. 2, São Paulo, 2011.

SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in se e Delicta mere prohibita*, uma análise das descontinuidades do ilícito penal modernos à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer sobre o convênio entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária, em Revista da Defensoria Pública, n. 2, São Paulo, 2011.

SORENSEN, Robert C. Interviewing prison inmates, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 41, 1950.

SOUSA SANTOS, Boaventura de.

Introdução à sociologia da administração da justiça, em *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1986.

Para uma revolução democrática da justiça, editora Cortez, São Paulo, 3ª edição, 2011.

SUMALLA, Jose Maria Tamarit; GRAU, F. Sopena; ALBERO, R. García. Curso de derecho penitenciario (adaptado al nuevo reglamento penitenciario de 1996), Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 4ª. edição revista e ampliada, Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, tradução de Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gomes Colomer, Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

TRAEST, Philip; GOMBEE, Tessa. The autonomy of defense and defense counsel, em *Autonomy in the law, Ius gentium comparative perspectives on Law and Justice*, Baltimore and Maryland: Mortimer Sellers Editor, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 1º. vol., 29ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

VANDEVELDE, Kenneth. Pensando como um advogado, tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VAN DIJK, Pieter; VIERING, Marc. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4a. edição (Pieter Van Dijk, Fried Van-Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak editors), Antuérpia/Oxford: Intersentia, 2006.

VIDAL, A. Lúcio. A assistência judiciária nos tribunais ordinários, Coimbra: Atlântida Editora, 1971.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª edição, Coimbra: editora Almedina, 2012.

VIEIRA, Pedro Carvalhaes. “Com Complexidade não Há Igualdade”. Trabalho que obteve o 2º lugar no concurso patrocinado pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), Brasília, 2005. A íntegra do texto pode ser acedida através da hiperligação: www.amb.com.br/portal/web/portal/juridiques/2lugar_estudante.doc. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: O projeto de Código de Processo Penal e Investigação Defensiva, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 107, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VITAGLIANO, Roberto.

Defensoria Pública e Estado Democrático de Direito, em Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 01, Rio de Janeiro, 1988.

Defensoria Pública e o esforço pela cidadania, em Direito em Revista, n. 2, 1997.

ZAPPALA, Amália Gomes. A nova redação do artigo 306: transferência do controle da legalidade da prisão ou pretensa efetivação da garantia da assistência jurídica íntegra e gratuita? em Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 173, abril de 2007.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, parte general, 2ª. edição, Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 2000.

ZEIDMAN, Steven. Sacrificial lambs or the chosen few? The impact of student defenders on the rights of the accused, em Brooklyn Law Review, vol. 62, 1996.

ZELNICK, Kimberly Helene. In Gideon's Shadow: The loss of the defendant autonomy and the growing scope of attorney discretion, em American Journal of Criminal Law, vol. 30, 2003.

Jurisprudência citada

TEDH

Caso Czekalla c. Portugal, Queixa 38830/97, acórdão de 10 de outubro de 2002
Caso Airey c. Irlanda, Queixa 6289/73, acórdão de 09 de outubro de 1979
Caso Campbell e Fell v. Reino, Queixa 7819/77, acórdão de 28 de junho de 1984
Caso Ezech e Connors v. Reino Unido, Queixa 3965/98 e 40086/98, acórdão de 9 de outubro de 2003
Caso Croissant v. Alemanha, Queixa 13611/88, acórdão de 25 de setembro de 1982
Caso Mayzit v. Rússia, Queixa 63378/00, acórdão de 20 de janeiro de 2005
Caso Pham Hoang v. França, Queixa 13191/87, acórdão de 25 de setembro de 1992

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Tibi v. Equador, sentença de 07 de setembro de 2004
Caso De la Cruz Flores, v. Peru, sentença de 18 de novembro de 2014

Tribunal Constitucional

Acórdão 474/2012, Relator: Cons. Maria José Rangel de Mesquita
Acórdão 59/1999, Relator: Cons. Bravo Serra
Acórdão 752/2014, Relator: Cons. Lino Rodrigues Ribeiro
Acórdão 150/2013, Relator: Cons. Jose da Cunha Barbosa
Acórdão 578/2001, Relator: Cons. Bravo Serra
Acórdão 247/2005, Relator: Cons. Maria João Antunes
Acórdão 68/2012, Relator: Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro
Acórdão 433/87, Relator: Cons. Messias Bento
Acórdão 433/2003, Relator Cons. Gil Galvão
Acórdão 216/2006, Relator: Cons. Carlos Pamplona Oliveira
Acórdão 433/2011, Relator: Cons. João Cura Mariano
Acórdão 259/1997, Relator: Cons. Tavares da Costa

Supremo Tribunal Federal

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3168, Relator: Min. Joaquim Barbosa
Habeas Corpus 45726, Relator: Min. Eloy da Rocha
Recurso Extraordinário 136239, Relator: Min. Celso de Mello
Habeas Corpus 67609, Relator: Min. Francisco Rezek
Habeas Corpus 102732, Relator: Min. Marco Aurélio
Recurso Extraordinário 398269, Relator: Min. Gilmar Mendes.
Recurso Ordinário em Habeas Corpus 104584, Relator: Min. Gilmar Mendes.
Habeas Corpus 109536, Relator: Min. Carmen Lucia
Recurso Extraordinário 583523, Relator: Min. Gilmar Mendes
Habeas Corpus 91610, Relator: Min. Gilmar Mendes
Recurso Extraordinário 33.919, Relator: Min. Cândido Mota Filho
AgRg no Recurso Extraordinário 192715, Relator: Min. Celso de Mello
Habeas Corpus 85976, Relatora: Min. Elen Gracie
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4270, Relator: Min. Joaquim Barbosa
Recurso Extraordinário 466343, Relator Min. Cezar Peluso
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3569, Relator: Min. Sepulveda Pertence
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4163, Relator: Min. Cezar Peluso
Mandado de Segurança 23267, Relator: Min. Gilmar Mendes
Medida Cautelar na ADI 558, Relator: Min. Sepulveda Pertence

Suprema Corte EUA

Caso Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)

Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 05P1300, Relator: Pereira Madeira

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial 93238, Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus 26063, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura

AgRg no AgRg no AgRg no Ag 1425288, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze.

Habeas Corpus 218570, Relatora: Min. Ma. Thereza de Assis Moura

AgRg no Agravo de Instrumento 579729, Relator: Min. Nancy Andrighi

Tribunal da Relação do Porto

Processo 1997/08.8TAVCD-A.P1, Relator: António Gama

Processo 552/06.1TAPGR.P1, Relator: Élia São Pedro

Processo: JTRP00037338, Relator: Onélia Madaleno

Processo 3559/05.2TAVNG.P1, Relator: Joaquim Gomes

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo 4498/2006, Relator: João Carrola

Processo 5622/08, Relator: Nuno Silva Garcia

Processo 602/08.7TBBNV-A.L1-7, Relator: Conceição Saavedra

Tribunal da Relação de Évora

Processo: 66/08.5IDSTR-B.E1, Relator: António João Latas

Tribunal da Relação de Coimbra

Processo: 58/05.8PBAVR-A.C1, Relator: Esteves Marques

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Processo: 0179392-29.1999.8.19.0001, Relator: Nagib Slaibi

Legislação estrangeira citada

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 96. Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Art 98, §2º: As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de

outros interesses difusos e coletivos; § 1º: A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Art. 133: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º :Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º: Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º . § 3º: Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. § 4º: São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Art. 168: Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992

Art. 7º, ‘5’: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que

prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo

Art. 8º, '2': Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei

Lei 9.099/95

Art. 9º: Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3689/41

Art. 6º: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Art. 42: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 185: O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Art. 207: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 209: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Art. 243, § 2º: Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 263: Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Art. 264: Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo Juiz.

Art. 289-A, §4º: O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

Art. 306, § 1º : Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública

Art. 310: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art 370, § 1º: A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado

Art. 396-A, § 2º: Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 456, § 2º: Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão. §

1º: Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente. § 2º: Na hipótese do § 1º deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias.

Art. 400: Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Art. 576: O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Art. 577: O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Lei 1.060/50

Art. 2º: Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 4º: A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. § 1º: Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais

Art. 5º, § 1º: Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

Art 5º. § 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

Art. 7º: A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do artigo 6º. desta Lei.

Art. 8º: Ocorrendo as circunstâncias mencionadas no artigo anterior, poderá o juiz, ex-offício, decretar a revogação dos benefícios, ouvida a parte interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.

Art. 12: A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Art. 13: Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento.

Art. 14 – redação original. “Os advogados indicados pela assistência ou nomeados pelo Juiz serão obrigados, salvo justo motivo, a critério do Juiz, a patrocinar as causas dos necessitados, sob pena de multa de Cr\$200,00 (duzentos cruzeiros) a Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros)”.

Lei 4.215

Art. 75. É lícito à parte defender seus direitos, por si mesma ou por procurador apto, mediante licença do juiz competente: I - não havendo ou não se encontrando presente, na sede do juízo, advogado ou provisionado: II - recusando-se a aceitar o patrocínio da, causa, ou estando impedidos os advogados e provisionados presentes na sede do juízo, que serão ouvidos previamente sobre o pedido de licença ; III - não sendo da confiança, da parte os profissionais referidos no inciso anterior, por motivo relevante e provado. Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo, tratando-se de matéria criminal, qualquer cidadão apto poderá ser nomeado defensor do réu.

Art. 150. Fica extinto o quadro de solicitadores ressalvado o direito dos que exerciam profissão, sem limite de tempo.

Lei de Execução Penal – Lei 7.210/85

Art. 11: A assistência será: III – jurídica;

Art. 16: As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. § 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. § 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. § 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 59: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Art. 81-A: A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Art. 81-B: Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Art. 118: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

Art. 125: O benefício <saídas temporárias> será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado

Art. 127: Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados – Lei 8.906/94

Art. 2º, §3º: No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 3º: O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º: Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Art. 7º São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. § 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. § 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo

formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade de administração indireta e fundacional.

Art. 18: A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Art. 28: A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro; V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; VI - militares de qualquer natureza, na ativa; VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Art. 30: São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora; II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

Art. 31: O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Art. 44: A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa (...) § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico

Código de Ética e Disciplina da OAB, de 13 de fevereiro de 1995

Art. 6º: É defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé

Art. 16: O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, desde que permaneça a confiança recíproca entre o outorgante e o seu patrono no interesse da causa.

Art. 25: O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26: O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27: As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte. Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

Art. 38: Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente

Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105

Art. 98: A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente

para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Art. 99, § 3º: Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Art. 101: Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

Lei Complementar 80

Art. 3º: São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art 4º: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; XXI: executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. § 6º: A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. § 8º: Se o Defensor Público entender inexistir hipótese de atuação institucional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar. § 11º: Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses

fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos.

Art. 4º -A: São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: III – o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público

Art. 9º: A composição do Conselho Superior da Defensoria Pública da União deve incluir obrigatoriamente o Defensor Público-Geral Federal, o Subdefensor Público-Geral Federal e o Corregedor-Geral Federal, como membros natos, e, em sua maioria, representantes estáveis da Carreira, 2 (dois) por categoria, eleitos pelo voto direto, plurinominal, obrigatório e secreto de todos integrantes da Carreira.

Art. 43: São garantias dos membros da Defensoria Pública da União: II - a inamovibilidade

Art. 57: A composição do Conselho Superior da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios deve incluir obrigatoriamente o Defensor Público-Geral, o Subdefensor Público-Geral e o Corregedor-Geral, como membros natos, e, em sua maioria, representantes estáveis da Carreira, 2 (dois) por categoria, eleitos pelo voto direto, plurinominal, secreto e obrigatório, de todos os integrantes da Carreira

Art. 88: São garantias dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios: II - a inamovibilidade

Art. 101: A composição do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado deve incluir obrigatoriamente o Defensor Público-Geral, o Subdefensor Público-Geral, o Corregedor-Geral e o Ouvidor-Geral, como membros natos, e, em sua maioria, representantes estáveis da Carreira, eleitos pelo voto direto, plurinominal, obrigatório e secreto de seus membros, em número e forma a serem fixados em lei estadual

Art. 105-B: O Ouvidor-Geral será escolhido pelo Conselho Superior, dentre cidadãos de reputação ilibada, não integrante da Carreira, indicados em lista tríplice formada pela sociedade civil, para mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução. § 1º O Conselho Superior editará normas regulamentando a forma de elaboração da lista tríplice. § 2º O Ouvidor-Geral será nomeado pelo Defensor Público-Geral do Estado. § 3º O cargo de Ouvidor-Geral será exercido em regime de dedicação exclusiva.

Art. 105-C: À Ouvidoria-Geral compete: I – receber e encaminhar ao Corregedor-Geral representação contra membros e servidores da Defensoria Pública do Estado, assegurada a defesa preliminar; II – propor aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública do Estado medidas e ações que visem à consecução dos princípios institucionais e ao aperfeiçoamento dos serviços prestados; III – elaborar e divulgar relatório semestral de suas atividades, que conterá também as medidas propostas aos órgãos competentes e a descrição dos resultados obtidos; IV – participar, com direito a voz, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado; V – promover atividades de intercâmbio com a sociedade civil; VI – estabelecer meios de comunicação direta entre a Defensoria Pública e a sociedade, para receber sugestões e reclamações, adotando as providências pertinentes e informando o resultado aos interessados; VII – contribuir para a disseminação das formas de participação popular no acompanhamento e na fiscalização da prestação dos serviços realizados pela Defensoria Pública; VIII – manter contato permanente com os vários órgãos da Defensoria Pública do Estado, estimulando-os a atuar em permanente sintonia com os direitos dos usuários; IX – coordenar a realização de pesquisas periódicas e produzir estatísticas referentes ao índice de satisfação dos usuários, divulgando os resultados. Parágrafo único. As representações podem ser apresentadas por qualquer pessoa, inclusive pelos próprios membros e servidores da Defensoria Pública do Estado, entidade ou órgão público.

Art. 107: A Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Art. 117: O Conselho Superior fixará os critérios de ordem objetiva para a aferição de merecimento dos membros da Instituição, considerando-se, entre outros, a eficiência e a presteza demonstradas no desempenho da função e a aprovação em cursos de aperfeiçoamento, de natureza jurídica, promovidos pela Instituição, ou por estabelecimentos de ensino superior, oficialmente reconhecidos;

Art. 126: O afastamento para estudo ou missão, no interesse da Defensoria Pública do Estado, será autorizado pelo Defensor Público-Geral.

Art. 127: São garantias dos membros da Defensoria Pública do Estado, sem prejuízo de outras que a lei estadual estabelecer: II - a inamovibilidade;

Art. 128: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições; XII - deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder;

Art. 130: Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado: I - exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; II - requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão

Código de Processo Civil – Lei 5869

Art. 6º: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Art. 19: Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

Lei 6.015

Art. 199: Prenotado o título, e lançada nele a dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas, remetendo-o ao juízo competente.

Lei 8.078/90

Art. 82: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

Constituição do Estado do RJ

Art. 179: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

Lei do Estado do RJ 3350

Art. 38: Nos serviços notariais e de registros privatizados nos termos da Lei Federal nº 8.935/94, os emolumentos serão pagos diretamente ao notário ou registrador, no momento da lavratura do ato ou da apresentação do documento ou requerimento. § 1º - Nos casos de solicitação de gratuidade, excetuando-se os registros de nascimento e óbito, o notário ou registrador, em petição fundamentada, em 72 (setenta e duas) horas da apresentação do requerimento, poderá suscitar dúvida quanto ao referido benefício ao Juízo competente, a qual será dirimida também em igual prazo.

Lei do Estado do RJ 1146/87

Art 1º: É criado o Centro de Estudos Jurídicos da Assistência Judiciária Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, diretamente subordinado ao Coordenador da Assistência Judiciária Procurador-Geral da Defensoria Pública Defensor Público Geral do Estado, com as seguintes atribuições: I - promover o aperfeiçoamento intelectual do pessoal técnico e administrativo da Assistência Judiciária Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro

Art. 3º: Constituição receita do Fundo: I - os honorários advocatícios que em qualquer processo judicial, pelo princípio da sucumbência, caibam à Defensoria Pública;

Índice

1. Introdução	8
2. O direito à assistência jurídica gratuita.....	13
2.1 As especificidades do direito processual penal e a necessidade de delimitação do tema.	14
2.2 Modelos processuais penais. A questão do inquisitório e acusatório e o papel do defensor.....	16
2.3 O direito à defesa técnica.....	22
2.3.1 – O direito à defesa.	23
2.3.2 – A defesa como condição de validade do processo penal.	26
2.3.3 – Conteúdo e fundamentos: a garantia da garantia.	28
2.3.4 – Âmbito de aplicação.	34
2.3.5 – Requisitos: as bases em que o direito à defesa técnica deve ser exercido.	47
2.3.6 – O modelo ideal de defensor.....	60
2.4 A gratuidade da assistência.	68
3. O sistema de assistência jurídica gratuita português	74
3.1 Antecedentes históricos.....	74
3.2 Regime atual: A lei 34/2004 e modificações introduzidas pela Lei 47/2007. ...	81
3.2.1 Os beneficiários do esquema.....	81
3.2.2 As prestações em espécie.	85
3.3 Avaliação crítica.	89
4. O sistema brasileiro de assistência jurídica gratuita.....	94
4.1 Antecedentes históricos.	94
4.1.1 A Constituição de 1934 e o regime de prestação de assistência jurídica ao pobre.	95
4.1.2 A assistência judiciária na Constituição de 1937.....	98
4.1.3 O regime de assistência judiciária no período de 1946 a 1967.....	99

4.1.4 A assistência judiciária da Constituição de 1967.	103
4.1.5 A Defensoria Pública na Assembleia Nacional Constituinte de 1987.	107
4.2 O esquema atual de assistência jurídica brasileiro.	110
4.2.1 Os beneficiários.....	111
4.2.2 As prestações.....	113
4.3.3 Os princípios em que se estrutura Defensoria Pública.....	120
4.3 Avaliação crítica do esquema de assistência jurídica gratuita.....	127
5. Sínteses conclusivas.	132
Referências bibliográficas.	141
Jurisprudência citada.	163
Legislação estrangeira citada.	166